

Die Aenderung und Aufhebung des Güterstandes in ihren Wirkungen auf die Rechte Dritter

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Zürich zur Er-
langung der Würde eines Doktors beider
Rechte

vorgelegt von
ERNST SIEGFRIED SCHLATTER
von Zürich

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Die Aenderung und Aufhebung des Güterstandes in ihren Wirkungen auf die Rechte Dritter

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Zürich zur Er-
langung der Würde eines Doktors beider
Rechte

vorgelegt von
ERNST SIEGFRIED SCHLATTER
von Zürich

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

*Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch
die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den da-
rin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.*

Zürich, den 30. Oktober 1948

*Der Dekan :
Prof. Dr. K. Käfer*



In Dankbarkeit Allen gewidmet, die
die vorliegende Arbeit ermöglicht
haben und in der Vorbereitung und
Ausarbeitung mir ihre Unterstützung
gewährten.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literatur	III
Abkürzungen	VII
Einleitung	1

1. Teil

Verkehrsschutz durch Güterrechtsregister und Schutz des guten Glaubens

§ 1. Die Wirkungen des Registereintrages	7
§ 2. Der Gegenstand der Eintragung	16
§ 3. Das Verhältnis des Güterrechtsregisters zu Grundbuch und Handelsregister	19
§ 4. Der Schutz des guten Glaubens im ehelichen Güterrecht	33

2. Teil

Verfügungen, Verpflichtungen, Prozess und Betreibung im Wechsel des Güterstandes

§ 5. Dispositionsbefugnis und Güterstandsänderung	38
§ 6. Die Schuldverpflichtungen bei Güterstandswechsel	43
§ 7. Die Vertretung der Ehefrau im Prozess um einge- brachtes Gut und Gesamtgut	52
§ 8. Güterstand und Betreibungsverfahren	59

3. Teil

Der Gläubigerschutz bei Güterstandsänderung

1. Abschnitt: Das Prinzip der Unveränderlichkeit der Haftung

§ 9. Die Bedeutung des Art. 188 ZGB in der Literatur	78
§ 10. Die Rechtsprechung zu Art. 188 ZGB	81
§ 11. Kritik und Lösung	83
§ 12. Fortdauer der Haftungsbeschränkung für Sonder- gutsschulden	95

2. Abschnitt: Die Voraussetzungen des Gläubigerschutzes

§ 13. Das Verhältnis von Art. 179 Abs. 3 und 188	102
§ 14. Der Ehevertrag	105
§ 15. Güterstandswechsel durch Eintritt und Wegfall des ausserordentlichen Güterstandes	115
§ 16. Intertemporalrechtliche Verhältnisse	126
§ 17. Güterstandswechsel durch Wohnsitzwechsel	128
§ 18. Die güterrechtliche Auseinandersetzung.	131
§ 19. Vermögensübergang und Haftungsentzug	172
§ 20. Die Rechte der Gläubiger am übergegangenen Vermögen. Untergang der Haftung	185
§ 21. Die durch Art. 188 geschützten Forderungen	190
§ 22. Die Stellung des haftenden Ehegatten	197

3. Abschnitt: Das Verfahren

§ 23. Selbständige Betreibung oder Admassierung?	205
§ 24. Das Admassierungsverfahren	216
§ 25. Die selbständige Betreibung	229

Literatur

- v. Baligand, A.: Der Ehevertrag. München 1906.
- Billinger, A.: Der Ehevertrag nach schweiz. ZGB, unter besonderer Berücksichtigung seines möglichen Inhalts. Diss. Zürich 1930.
- Blumenstein, E.: Anfechtungstatbestände der neuen Zivilgesetzgebung in ihrer betriebsrechtlichen und prozessualen Bedeutung. ZBJV Bd. 50 (1914), 233 ff.
Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechtes. Bern 1911.
- Bosshardt, O.: Der Gläubigerschutz bei Veränderung und Auflösung des Güterstandes. ZGB 179 III, 188, 227 III. Diss. Zürich 1927.
- Büchler, H.: Der Wechsel im Güterstand. ZBJV Bd. 63 (1927) S. 289 ff.
- Curti-Forrer, E.: Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen. Zürich 1911.
- Cuttat, J.A.: De l'influence des régimes matrimoniaux sur la poursuite contre la femme mariée. Diss. Bern 1932.
- Denzler, O.: Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten. Diss. Zürich 1937.
- Droin, C.: Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial. Commentaire du livre II, titre V et VI du code civil suisse. Genf 1916.
- Egger, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Familienrecht. 2. Aufl., Zürich 1936.
- Erny, H.: Der ausserordentliche Güterstand nach dem schweiz. ZGB. Diss. Zürich 1919.
- Eulau, M.: Eigentumsänderungen unter Ehegatten. Diss. Basel 1942.
- Eulau, W.: Schuld und Haftung im schweizerischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsbeschränkungen. Diss. Basel 1937.
- Gampert, R.: Les actes juridiques entre époux. Etude de l'article 177 CCS. Diss. Lausanne 1924.
- Ganzoni, R.C.: Die Verträge der Ehegatten mit Dritten und unter sich nach schweiz. ZGB. Diss. Bern 1915.
- Genner, A.: Das Surrogationsprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten Frauengut des ZGB. Diss. Zürich 1932.

- Gmür, M.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Familienrecht. 2. Aufl. Bern 1923.
- Göschke, R.: Die Anfechtungsklage bei güterrechtlicher Auseinandersetzung. SJZ Bd. 34 (1938) 273 ff.
- Giesker-Zeller, H.: Das intertemporale eheliche Güterrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bern 1912.
- Guhl, Th.: Sicherung und Begünstigung der Ehegatten nach ehelichem Güterrecht und Erbrecht. Zum schweiz. Erbrecht. Festschrift für Tuor, Zürich 1946.
Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung. ZBJV 53 (1917) 1 ff.
- Haab, R.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Sachenrecht. 2. Aufl. Zürich 1929 ff.
- Held, P.: Geldschuld und Vermögenshaftung. SJZ Bd. 19 (1923) S. 37 ff.
- Henrici, H.: Ehevertrag und Erbvertrag. Beiträge zum Ehevertragsrecht. ZSR Bd. 33 n.F. (1914) 1 ff., 131 ff., 249 ff.
- Hofmann, M.: Die Vormundschaftsbehörde als familienrechtliches Kontrollorgan. ZBJV Bd. 82, 393 ff.
- Huber, E.: Erläuterungen zum Vorentwurf. Bern 1914. (Zit. nach der 2. Ausgabe).
Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht. Referat. ZSR 13 n.F. 481 ff. (Zit. Referat).
Zum schweiz. Sachenrecht. Drei Vorträge. Bern 1914 (Zit. Sachenrecht).
Zehn Vorträge über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts. V. Vortrag: Die Freiheit des Ehevertrages. Als Manuskript gedruckt. Bern 1911. (Zit. Vorträge).
- Huber, J.: Die güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Ehescheidung. Diss. Bern 1936.
- Jäger, C.: Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. Kommentar. 3. Aufl., Zürich 1911.
- Jäger-Däniker: Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911-1945. Zürich 1947. (Zit.: Jäger, Praxis 1911-1945).
- Kappeler, W.: Die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Wechsel des Güterstandes während der Ehe. Diss. Bern 1939.

- Knapp, Ch.: Etude systématique de la jurisprudence du tribunal fédéral sur la protection des créanciers dans les liquidations entre époux et les changements de régime matrimonial. ZBJV 78, 337 ff., 80, 97 ff.
- Kupfer, H.: Die Veräusserung des Streitobjekts während des Prozesses im schweizerischen Zivilprozessrecht. Diss. Zürich 1945.
- Leemann, H.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Sachenrecht. I. Abteilung, 2. Aufl. Bern 1920, II. Abteilung, Bern 1925.
Aenderungen am Grundeigentum nach dem Gemeinschaftsrecht. SJZ Bd. 13 (1916) S. 101.
- Lotz, A.: Das Recht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut im System des gesetzlichen Güterstandes. ZSR n.F. Bd. 38 (1919) S. 381 ff.
- Martin, W.: Das intertemporale eheliche Güterrecht nach dem schweizerischen ZGB. Diss. Bern 1913.
- Müller, G.: Der Schutz des gutgläubigen Dritten im Familienrecht. Diss. Zürich 1924.
- Müller, O.: Der interne Schuldenausgleich nach Art. 209 und 223 ZGB. Diss. Zürich 1934.
- Mutzner, P.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Anwendungs- und Einführungsbestimmungen. 2. Aufl., Bern 1926.
Das intertemporale eheliche Güterrecht. ZSR n.F. Bd. 34 (1915) S. 175 ff.
- Ostertag, F.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Sachenrecht. III. Abteilung. 2. Aufl. Bern 1917. Insbesondere: Exkurs zu Art. 965.
- Panchaud, A.: Le régime matrimonial et la poursuite pour dettes. Diss. Lausanne 1924.
- Reber, H.: Die Voraussetzungen des ausserordentlichen Güterstandes (Art. 182-185 ZGB). Diss. Zürich 1938.
- Roboz, J.: De la liquidation du régime de l'union des biens. Diss. Genf 1915.
- Roguin, E.: Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial. Paris und Lausanne 1905.
- Rossel-Mentha: Manuel du droit civil suisse. Bd. 1, 2. Aufl., Lausanne und Genf 1922.

- Rüsch, A.: Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten, unter besonderer Berücksichtigung des Art. 473 ZGB. Diss. Zürich 1938.
- Saxer, H.: Das Privileg der Ehefrau im Konkurs des Ehemannes gestützt auf Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz Art. 219, 4. Diss. Zürich 1927.
- Schweizer, A.: Die Schuldenhaftung im ehelichen Güterrecht des Entwurfes eines schweiz. ZGB. Diss. Zürich 1906.
Der Einfluss des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts. ZSR n.F. Bd. 47 (1928), S. 61a ff.
- Schultheiss, H.: Der Einfluss des ehelichen Güterrechts auf den Konkurs. Diss. Basel 1936.
- Seifert, M.: Die prozessrechtliche Stellung der beiden Ehegatten auf Grund von Art. 168 ZGB. Diss. Zürich 1934.
- Steiner, P.: Die persönlichen Schulden der Ehefrau nach dem Güterverbindungsrecht des Schweiz. ZGB. Diss. Bern 1931.
- Sutter, E.: Die Abgrenzung des Ehevertrages gegenüber dem Erbvertrag, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse bei der Güterverbindung. Diss. Zürich 1939.
- Vogel, J.: Ehevertrag und güterrechtliche Auseinandersetzung. ZBJV Bd. 50 (1914), S. 122 ff.
- Weiss, G.: Die Eintragungswirkungen des Güterrechtsregisters und ihre Beziehungen zum Grundbuch. Diss. Zürich 1915.
- Wolfensberger, F.: Die gerichtliche Gütertrennung auf Verlangen der Ehefrau. Diss. Basel 1941.
- Zust, F.K.: Der gutgläubige Verkehr im ehelichen Güterrecht. Diss. Freiburg 1928.

Abkürzungen

BB1	Bundesblatt
BG	Bundesgericht
BGE	Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts. Amtliche Sammlung.
BR	Bundesrat
GBVO	Verordnung betreffend das Grundbuch
GRVO	Verordnung betreffend das Güterrechtsregister
HRVO	Verordnung betreffend das Handelsregister
KV	Konkursverordnung
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.
Jour.Trib.	Journal des Tribunaux
NAG	Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter
OR	Obligationenrecht
SchKG	Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
SchIT	Zivilgesetzbuch. Schlusstitel.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Sem.jud.	La semaine judiciaire
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden
VZG	Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken
ZBGR	Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge.

Wenn bei eines Artikelangabe eine weitere Bezeichnung fehlt, handelt es sich immer um einen Artikel des Zivilgesetzbuches.

Soweit nichts anderes bemerkt ist, werden Zeitschriften mit Band und Seitenzahl zitiert (z.B. SJB 19, 37).

Einleitung

Die Ehe als umfassende, engste Lebensgemeinschaft übt naturgemäss ihre starken Wirkungen auch auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten aus. Die Ehegatten verpflichten sich, wie das Gesetz sagt, das Wohl der Gemeinschaft in einträglichem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen; sie schulden sich gegenseitigen Beistand, Art. 159 ZGB. In irgendeiner Form wird das vorhandene Vermögen und der Erwerb zur Tragung der Lasten des gemeinsamen Haushalts herangezogen, das Vermögen mehr oder weniger weitgehend zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden und in den Dienst der Familie gestellt. Doch geht der Einzelne nie vollständig in einer Gemeinschaft auf. Er bedarf auch in der Ehe eines Mindestmasses an persönlicher Freiheit und Unabhängigkeit, einer Individualsphäre, die nur dann gewährleistet ist, wenn ihr ein Minimum an selbständigen vermögensrechtlichen Befugnissen als reale Grundlage entspricht. "In der Erhaltung einer persönlichen Rechtssphäre der Ehegatten in der ehelichen Gemeinschaft ist die weitere rechtsschaffende Erwägung zu suchen"¹⁾ Sodann stehen den Bedürfnissen der Familie die Interessen Dritter, des Verkehrs gegenüber. Es stellt sich dem Gesetzgeber daher die doppelte Aufgabe eines Ausgleichs einerseits der Gemeinschafts- und Individualinteressen innerhalb der ehelichen Gemeinschaft und anderseits der Interessen der Ehegemeinschaft mit denjenigen Dritter²⁾.

Gehen wir den Lösungen nach, die diese Fragen im schweizerischen Ehegüterrecht gefunden haben, so sind als wesentliche formale Grundzüge hervorzuheben:

1. Mehrheit von Güterständen, die den Ehegatten bei der Eheschliessung wahlweise zur Verfügung stehen, d.h. beschränkte Freiheit des Ehevertrages bei Eingehung der Ehe;
2. Möglichkeit einer Aenderung des einmal angenommenen Güterstandes durch Vertrag, d.h. Freiheit des Ehevertrages während der Ehe;
3. Schaffung eines subsidiären ordentlichen und eines ausserordentlichen Güterstandes, der unter bestimmten Voraussetzungen von Gesetzes wegen, auf einseitiges Begehren eines Ehegatten oder Verlobten, oder auf Begehren eines Gläubigers an die Stelle eines vertraglichen oder des ordentlichen gesetzlichen Güterstandes tritt.

1) Ganzoni 8. Vgl. auch Huber, Erl. 110: "Die Individualität der Ehegatten hat innerhalb der ehelichen Gemeinschaft ihre bestimmte Anerkennung zu finden".

2) Dementsprechend kann als Gegenstand des ehelichen Güterrechts die Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten unter sich und zu Dritten bezeichnet werden. Egger Art. 178 N. 1, Ganzoni 7 unter Hinweis auf die deutsche Literatur, Bosshardt 1, Huber, Referat, 486.

Der schweizerische Gesetzgeber hat somit darauf verzichtet, einen einheitlichen, allgemein verbindlichen Güterstand zu schaffen. Er hat darauf verzichtet, die vom ehelichen Güterrecht zu beantwortenden Fragen einheitlich zu lösen, womit der Mannigfaltigkeit der wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnisse, der Verschiedenheit der rechtsgeschichtlichen Entwicklung in den Kantonen einerseits, der Vertragsfreiheit als Grundsatz anderseits Rechnung getragen werden wollte¹⁾.

Die Ehevertragsfreiheit ist keine unbeschränkte, sondern es haben die Ehegatten oder Brautleute einen der im Gesetz geordneten Güterstände anzunehmen, Art. 179 Abs. 2²⁾. Doch ist auch innerhalb derselben die Ordnung keine starre, abschliessliche, sondern es ist wiederum der Vertragsfreiheit innert bestimmten Grenzen Raum gegeben: So wird der Umfang der Gütereinheit (Art. 199) oder Gütergemeinschaft (Art. 237, 239) durch Vertrag bestimmt und kann während der Ehe erweitert oder beschränkt werden. Das gesetzliche Sondergut kann durch Ehevertrag oder Zuwendungen Dritter vermehrt (Art. 190 Abs. 1), vertragliche Gütertrennung mit einer Ehesteuer unter Güterverbindung, Gütereinheit oder Gütergemeinschaft verbunden (Art. 247), beschränkte Gütergemeinschaft mit Gütertrennung oder Güterverbindung kombiniert (Art. 237 Abs. 2, 238), schliesslich der Anteil am Vorschlag und am Gesamtgut vom Gesetz abweichend geordnet werden (Art. 214 Abs. 3, 226, 240 Abs. 3). Handelt es sich hier auch nur um sogenannte Modifikationen der vom Gesetz geordneten Güterstände, ohne dass das Gütersystem als solches geändert wird, so können sie doch praktisch von grosser Tragweite sein und die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten so weitgehend umgestalten, dass ihre Bedeutung derjenigen eines totalen Wechsels des Güterstandes nicht nachsteht. - Schliesslich wird diese grundsätzlich beschränkte, aber doch sehr weitgehende Ehevertragsfreiheit durch die Freiheit allgemein vermögensrechtlicher Rechtsgeschäfte zwischen den Ehegatten ergänzt (Art. 177).

Änderungen in der Güterordnung eines Ehepaares können sich ausserdem ergeben durch Eintritt und Wiederaufhebung des ausserordentlichen Güterstandes (Art. 182-185, 145, 155, 170, 187), auf Grund des intertemporalen (Art. 9, 10 SchlT) und internationalen Rechts (Art. 19, 20 NAG), sowie aus der Gestaltung des Güterrechtsregisters (Art. 250 Abs. 2 u. 3)³⁾.

1) Zur Begründung der Ehevertragsfreiheit vgl. insbes. Huber, Erl. 119 ff., Referat 525, 527 ff., Sten. Bull. 1905, 671 ff., Wieland, Zur Vereinheitlichung des ehelichen Güterrechts, ZSR 18, 322.

Die in die Ehevertragsfreiheit gesetzten Erwartungen hinsichtlich einer Weiterführung und Weiterentwicklung des traditionellen Ehegüterrechts haben sich indessen nicht erfüllt. Vgl. die Referate von Schweizer und Martin in ZSR 47, 61a ff. und die Feststellung Eggers am gleichen Ort, S. 231a: "Die Tradition erwies sich als schwächer, wie wir geglaubt haben".

2) System der Kodifizierung subsidiärer Güterstände; Baligand 1.

3) Vgl. S.9, 143 ff.

Infolge dieser Gestaltungsmöglichkeiten kann aber die Zugehörigkeit des vorhandenen Vermögens zum Eigentum des einen oder andern Ehegatten und innerhalb ihrer Vermögen zum einen oder andern Güterkomplex (Eingebrachtes, Sondergut, Ehesteuer, Gesamtgut) und damit die Zuständigkeit der Ehegatten zur Verfügung, Verwaltung und Prozessführung (Art. 168 Abs. 2) sowie das den Gläubigern haftende Vermögen nicht mehr nach einfachen Grundregeln bestimmt werden. Es genügt unter Umständen nicht, den generellen Güterstand eines Ehepaares zu kennen, sondern es muss gegebenenfalls auf zahlreiche Details eines Ehevertrages Rücksicht genommen werden. Die Kehrseite dieser gesetzlichen Ordnung ist eine Beeinträchtigung der Uebersichtlichkeit und Dauerhaftigkeit der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten. Das Problem einer zuverlässigen Orientierung über die Güterordnung der Ehegatten einerseits, des Schutzes der Rechte Dritter gegenüber nachträglichen Güterstandsänderungen und der nachfolgenden Auseinandersetzung andererseits gewinnt unter diesen Umständen hervorragende Bedeutung, und es sind Garantien in diesen beiden Richtungen unerlässlich. Das Problem der Ehevertragsfreiheit während der Ehe ist daher recht eigentlich ein solches des Schutzes der Rechte Dritter, wie denn auch in der Gesetzesberatung gegen die vom Redaktor vorgeschlagene und schliesslich mit grossem Mehr gutgeheissene Anerkennung der Vertragsfreiheit in erster Linie Gründe der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes ins Feld geführt worden sind¹⁾. Es musste ein Ausgleich zwischen den Interessen der Ehegatten an einer Aenderung des Güterstandes durch Vertrag oder Uebergang zum ausserordentlichen Güterstand und den Interessen des Verkehrs, vorab der Gläubiger, an der Unveränderlichkeit der finanziellen Grundlage, auf Grund deren sie mit den Ehegatten in rechtsgeschäftliche Beziehungen traten, gefunden werden. Eine Beeinträchtigung der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs hätte sofort auch eine Beeinträchtigung der Stellung der Ehegatten und ihres Kredites zur natürlichen Folge, sodass in der Tat die Vertragsfreiheit im ehelichen Güterrecht nur nach Massgabe der zu Gebote stehenden Garantien der Rechte Dritter gewährt und verwirklicht werden kann.

Diese Garantien liegen einmal darin, dass gewisse Fragen, die die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu Dritten berühren, vom ehelichen Güterrecht losgelöst und entweder als Wirkungen der Ehe im allgemeinen vorweg und für alle Güterstände einheitlich oder, soweit die Regelung bei den einzelnen Güterständen erfolgt, doch nach einheitlichem Prinzip geordnet, dadurch aber von einem Wechsel des Güterstandes unabhängig gestaltet worden sind. So die Befugnis der Ehefrau zur selbständigen Ausübung eines Berufes oder Gewerbes (Art. 167), die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (Art. 162-166) und innerhalb derselben die Dispositions-

1) Prot. Exp. Komm. 174 ff., 194 ff., Sten. Bull. 1905, 671 ff. Siehe ferner Huber, Erl. 119, Referat 525, 527.

befugnis der Ehefrau über eheliches Vermögen und die Haftung für Haushaltsschulden¹⁾. Im Rahmen ihrer Befugnis zur Vertretung der Ehegemeinschaft ist die Ehefrau zu Verfügungen über das eheliche Vermögen berechtigt²⁾. Für die Güterverbindung ergibt sich dies ausdrücklich aus Art. 203. Bei der Gütergemeinschaft spricht Art. 216 Abs. 3 zwar nur von der Vertretung in der Verwaltung des Gesamtgutes, sodass sich ihre Verfügungsberechtigung einerseits nach dem Gesichtspunkt der ordentlichen Verwaltung und andererseits nach dem Gesichtspunkt der Bedürfnisse des Haushalts und der ehelichen Gemeinschaft bestimmen würde. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb bei der Gütergemeinschaft die Rechte der Frau, obwohl sie Eigentum am gesamten ehelichen Vermögen besitzt, und in dieser Beziehung ihre Stellung gegenüber der Güterverbindung verstärkt ist, nur soweit reichen sollten, als sie durch den Begriff der ordentlichen Verwaltung des Gesamtgutes gedeckt werden, während ihr bei der Güterverbindung sogar ein Verfügungsrecht über das zum ehelichen Vermögen gehörende Mannesgut³⁾ eingeräumt ist. Indem das Gesamtgut die vermögensrechtliche Basis der ehelichen Gemeinschaft bildet, muss die Ehefrau im Rahmen ihrer Vertretungsbefugnis zur Verfügung darüber berechtigt sein. Das Gleiche ist für die Gütertrennung zu sagen, obwohl hier die Eigentumstrennung im Gegensatz zur Güterverbindung schärfer durchgeführt und nach Güterrecht jeder Ehegatte nur zur Verfügung über sein eigenes Vermögen berechtigt ist; weil auch hier dem Mannesvermögen die Funktion des ehelichen Vermögens zukommt⁴⁾, ist ein Verfügungsrecht der Ehefrau anzuerkennen, soweit sie die eheliche Gemeinschaft zu vertreten berechtigt ist. Daraus folgt, dass Dritte ohne Rücksicht auf den Güterstand im Erwerb von der Ehefrau geschützt sind, soweit sie im Rahmen ihrer Vertretungsbefugnis für die eheliche Gemeinschaft handelt, mag es sich um Verfügungen über Mannesgut⁵⁾, Frauengut oder Gesamtgut handeln. Es können sich die Dritten auf die Prüfung der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten (Art. 163-166) beschränken, und es muss nicht auf spezielle güterrechtliche, ohne Konsultation des Güterrechtsregisters und allfälliger Belege hiezu nicht erkennbare Rechtsbeziehungen Rücksicht genommen werden^{6/7)}.

1) Als weiteres Beispiel kann die für alle Güterstände einheitliche Anerkennung gesetzlichen Sonderguts der Ehefrau genannt werden.

2) Ganzoni 167.

3) Art. 194; mit Ausnahme des ehemännlichen Sondergutes, Art. 191 Ziff. 1. In dieser Beziehung erhält das ehemännliche Sondergut seine einzige praktische Bedeutung. Schweizer 13.

4) Huber, Erl. 114, 228, Gmür Art. 242 N. 2 in Verb. m. N. 11 zu Art. 163, Ganzoni 167.

5) Wiederum ohne sein Sondergut. Insofern ist auch bei Gütertrennung ein ehemännliches Sondergut anzuerkennen.

6) Dieses Ergebnis steht in Uebereinstimmung mit dem Grundsatz des Gesetzes, wonach bei Güterverbindung und Gütertrennung in erster Linie das Mannesvermögen die Lasten des Haushalts zu tragen hat.

7) Dies gilt nur für Verfügungen der Ehefrau. Für den Mann bestimmt sich die Dispositions-

Aehnliches gilt für Verpflichtungen, indem allen Güterständen das Prinzip der primären Haftung des Mannes, der subsidiären Haftung der Frau (mit ihrem ganzen Vermögen) für die in Vertretung der ehelichen Gemeinschaft vom Manne oder der Frau eingegangenen Schulden gemeinsam ist, Art. 206 Ziff. 3, 207 Abs. 2; 219 Ziff. 3 und 220 Abs. 2; 243 Abs. 3. Es haftet somit für die Haushaltsschulden immer das gesamte vorhandene Vermögen der Ehegatten ohne Rücksicht auf die spezielle güterrechtliche Ordnung. Es kann diesen Gläubigern nicht etwa durch interne Vermögensverschiebungen infolge Güterstandsänderung oder güterrechtlicher Auseinandersetzung entzogen werden, da es wegen der persönlichen Haftbarkeit beider Ehegatten schliesslich beim einen oder andern erfasst werden kann¹⁾.

Durch diese Gestaltung der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft und der Haftung für Haushaltsschulden ist für ein weites Gebiet des täglichen Verkehrs eine einheitliche, vom Güterstand praktisch unabhängige Ordnung geschaffen. Eine Güterstandsänderung vermag keine wesentlichen Interessen zu tangieren, und es ist der Verkehr der Notwendigkeit einer sorgfältigen Prüfung der güterrechtlichen Dispositionsbefugnisse und Haftungsverhältnisse enthoben.

Im weitem finden sich die Garantien der Rechts- und Verkehrssicherheit im ehelichen Güterrecht selbst. Sie sind formell- und materiellrechtlicher Natur. Zu den ersteren gehören einmal die Formvorschriften für den Ehevertrag: öffentliche Beurkundung, Unterschrift der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter, Ausschluss der gewillkürten Stellvertretung, Art. 181 Abs. 1²⁾. Einerseits wird dadurch der Abschluss, die nachträgliche Aenderung und die Aufhebung des Vertrages erschwert und anderseits durch die Mitwirkung der Urkundsperson der Parteiwillen deutlich ermittelt, dem Vertrag eine klare Form und ein bestimmtes Datum gegeben. Diese Formvorschriften werden ergänzt durch die Bestimmung von Art. 10 GRVO, wonach widerspruchsvolle oder unklare Verträge von vornherein nicht eintragungsfähig sind und damit Dritten gegenüber keine Wirksamkeit erlangen können. Sodann bedürfen Eheverträge, die während der Ehe abgeschlossen werden, der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde, Art. 181, Abs. 2. Wenn auch

befugnis über zum ehelichen Vermögen gehörendes Frauengut und über Gesamtgut ausschliesslich nach Güterrecht und den speziellen Regeln jedes Güterstandes. Es greifen hier lediglich die Erleichterungen der Art. 202 Abs. 2, 217 Abs. 2 und - bei Gütertrennung - Art. 933 zum Schutze des gutgläubigen Verkehrs Platz. Vgl. hiezu S. 34 ff.

1) Von Bedeutung sind solche Verschiebungen insofern, als die Gläubigerkonkurrenz, namentlich die Konkurrenz privilegierter Gläubiger, beim einen oder andern Ehegatten und damit die Aussicht auf Befriedigung in der einen oder andern Zwangsvollstreckung verschieden sein kann. Dabei spielt jedoch gerade das Frauengutsprivileg nach Güterverbindung oder Gütergemeinschaft keine Rolle, Art. 188 Abs. 3.

Zum Begriff der Haushaltsschuld vgl. Egger, Art. 207 N. 15 und Tobler, SJZ 19, 161 ff., ferner SJZ 34, 337.

2) Im einzelnen siehe S. 109 ff.

umstritten ist, ob und wie weit dabei die Interessen Dritter berücksichtigt werden dürfen¹⁾, so kommt doch der Genehmigungspflicht als solcher eine nicht zu unterschätzende prohibitive Wirkung gegen leichtfertige oder fraudulöse Güterstandsänderungen zu. Im Mittelpunkt der formellen Garantien steht schliesslich das Güterrechtsregister in Verbindung mit der Publikation der Registereintragungen wodurch - mit gewissen von der Praxis gemachten Ausnahmen - Güterstandsänderungen überhaupt erst Wirksamkeit Dritten gegenüber verliehen und für ausreichende Publizität gesorgt wird, Art. 181 Abs. 3, Art. 248. Zutreffend kann daher gesagt werden: "Das Güterrechtsregister ist das Produkt der gesetzgeberischen Versöhnungspolitik in dem Konflikt zwischen den Interessen der Ehegatten an der Wandelbarkeit des Güterstandes und dem Interesse des Verkehrs an der Verlässlichkeit der einmal begründeten und bekannt gewordenen Verhältnissen" ²⁾.

Der Inhalt der materiellrechtlichen Garantien kann dahin zusammengefasst werden, dass sich die Gültigkeit des Erwerbs von Rechten Dritter nach dem im Zeitpunkt ihrer Begründung massgeblichen Güterrecht und Güterstand beurteilt, und gültig erworbene Rechte Dritter, insbesondere die Haftungsrechte, durch eine nachträgliche Güterstandsänderung in ihrem Bestand nicht beeinträchtigt werden, Art. 179 Abs. 3 und Art. 188 ZGB, die den Fortbestand der einmal begründeten Haftung garantieren, sind nur Anwendungsfälle dieses allgemeinen, dem Gesetz zugrunde liegenden Prinzips.

1) Vgl. S. 112

2) Baligand 115.

1. TEIL:

Verkehrsschutz durch Güterrechtsregister und Schutz des guten Glaubens.

§ 1. Die Wirkungen des Registereintrags.

a) Negative Rechtskraft des Güterrechtsregisters.

Vom ordentlichen gesetzlichen Güterstand abweichende güterrechtliche Verhältnisse bedürfen zur Rechtskraft gegenüber Dritten der Eintragung im Güterrechtsregister und der Publikation, Art. 248. Was nicht eingetragen ist, kann Dritten ohne Rücksicht auf ihren guten oder schlechten Glauben nicht entgegengehalten werden; es ist für Dritte nicht existent. Sofern sich aber hinsichtlich des Güterstandes kein Eintrag im Register findet, stehen die Ehegatten für Dritte unter dem subsidiären gesetzlichen Güterstand der Güterverbindung.

Diese Wirkung des Registers bezieht sich nur auf das Verhältnis der Ehegatten zu Dritten, Art. 181 Abs. 3, Art. 248, wobei die Erben der Ehegatten nicht als Dritte angesehen werden, Art. 248 Abs. 2^{1,2)}. Es ergibt sich daraus eine eigenartige Spaltung der güterrechtlichen Beziehungen in ein internes, nur für die Ehegatten unter sich und die Erben massgebliches, und ein externes, für das Verhältnis zu Dritten geltendes Güterrecht; eine Aufspaltung, die indessen nicht etwa als sachliche Gliederung verstanden werden darf, so, dass einzelne Beziehungen dem internen, andere dem externen Bereich zuzuweisen wären und vom einen oder andern allein beherrscht würden, sondern als zwei verschiedene rechtliche Masstäbe³⁾. Diese doppelte

1) Die Erben als "Erben", d.h. als Gesamtrechtsnachfolger, in ihren erbrechtlichen Beziehungen zu den Ehegatten. Ausserhalb derselben sind auch sie "Dritte".

2) Es wird allein auf die an einem Rechtsverhältnis beteiligten Personen, also auf ein objektives Kriterium abgestellt. Anders noch Giesker-Zeller, 46 ff. und Martin 145, welche auch diejenigen Personen, die den internen Güterstand kennen oder kennen müssten, nicht als "Dritte" ansehen. In Praxis und Literatur bestehen heute über die Auslegung des Begriffs des "Dritten" im Sinne des Textes keine Zweifel. Vgl. statt vieler Mutzner, Art. 9 SchlT N. 23 ff.

3) Es ist dies gegenüber jener Auffassung, die ein extern und intern verschiedenes Eigentum, insbesondere Grundeigentum, für ausgeschlossen hält, zu betonen. Vgl. insb. M. Eulau 249 ff., Volkart 1, 44 und neuerdings das BG in BGE 73 I 276. Die Unmöglichkeit eines intern verschiedenen Eigentums lässt sich nicht aus dem absoluten Charakter der dinglichen Rechte ableiten, denn das eheliche Güterrecht derogiert als das speziellere Recht dem Sachenrecht (Giesker-Zeller 21 ff.). Ferner steht dem auch das Grundbuch nicht entgegen, weil der

Betrachtungsweise und die Anwendung verschiedener Normen auf ein und dieselbe Beziehung knüpft an die Institution des Güterrechtsregisters in Verbindung mit der subsidiären Geltung des gesetzlichen Güterstandes der Güterverbindung an. Die Registereintragung ist für das externe Güterrechtsverhältnis konstitutiv¹⁾. Dies gilt für in der Schweiz abgeschlossene Eheverträge in der Schweiz niedergelassener Ehegatten und für in der Schweiz ergangene richterliche Verfügungen, Art. 181 Abs. 3, 186, 248. Es gilt aber auch im internationalprivatrechtlichen Verhältnis: Ehegatten, die ihren Wohnsitz aus dem Ausland in die Schweiz verlegen, stehen ohne Rücksicht auf das für sie im Ausland intern oder extern massgebend gewesene Güterrecht nach aussen unter schweizerischer Güterverbindung, solange ein Registereintrag nicht besteht, Art. 19 Abs. 2 NAG. Ein im Ausland nach dortigem Recht geschlossener Ehevertrag erlangt in der Schweiz externe Wirkung nur durch Eintragung im Güterrechtsregister, wobei ein Eintrag nur möglich ist, wenn der Ehevertrag inhaltlich dem Güterrecht des Zivilgesetzbuches und den von ihm geordneten Güterrechtstypen nicht widerspricht, Art. 39 Abs. 2 GRVO²⁾. Unter dieser Bedingung der inhaltlichen Uebereinstimmung kann auch ein ausländischer gesetzlicher Güterstand als vertraglicher schweizerischer Güterstand fortgesetzt werden. Im Ausland nach ausländischem Recht eingetretene richterliche oder gesetzliche Gütertrennung bedarf, wenn die Ehegatten den Wohnsitz in die Schweiz verlegen und die Gütertrennung nach aussen beibehalten wollen, ebenfalls der Registrierung und Publikation³⁾, ansonst sie im Verhältnis zu Dritten schweizerischem Güterverbindungsrecht unterstehen. Schliesslich muss auch ein im Ausland

Grundbucheintrag in den Fällen güterrechtlichen Erwerbs nicht konstitutiv ist. Vgl. S. 23/24. Der Grundbucheintrag ist nur zur Verfügung gegenüber Dritten erforderlich, Art. 656 Abs. 2, d.h. eben im externen Verhältnis. Dagegen kann auch ohne Eintrag auf Grund des internen Verhältnisses letztwillig verfügt werden.

Richtig ist, dass während der Ehe das interne Eigentum nicht zur Geltung kommen kann, in gewissem Sinne ruht, was aber für das interne Güterrecht überhaupt gilt, indem es immer vor dem externen zurücktreten muss, wo Dritte mit den Ehegatten in Beziehung treten. Indessen kann es vereinzelt auch externe Bedeutung erlangen, so beim Konkursprivileg (vgl. S. 73) und beim Erbgang, der sich ausschliesslich nach dem internen Güterstand vollzieht. S. 142.

Eine andere Frage ist, ob diese Differenzierung zwischen dem externen und internen Verhältnis opportun ist. Vgl. hiezu Burckhardt-Passavant, ZSR 28, 343 ff. ("eine eigentümliche, der Wirklichkeit nicht entsprechende juristische Fiktion"), Heitz, Die Rechte des überlebenden Ehegatten nach dem Uebergangsrecht, Bern 1933, S.4 ("während des Bestehens der Ehe gilt de facto fast in alien Beziehungen das neue Recht und erst bei der schliesslichen Liquidation ... gelangt das alte Recht zur Anwendung").

1) Weiss 15 ff.

2) Gmür, Art. 248 N. 57, Stauffer, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Art. 31 NAG N. 12, 13, Wieland, Das internationale Ehegüterrecht der Ausländer in der Schweiz, Festschrift, Basel 1915, S. 55; Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1307 IX, Nr. 1308 I,II.

3) Stauffer, a.a.O., Art. 31 N. 14, Gmür, Vorbem. z. 6. Titel, N. 43, 48, Beckhard, Das ehel. Güterrecht d. Ausländer in der Schweiz, Zürich 1928, 123 ff., Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1307 IX, 1308 III, BGE 48 III 9.

nach schweizerischem Recht geschlossener Ehevertrag bei der Wohnsitznahme in der Schweiz eingetragen werden, wenn er der externen Wirksamkeit nicht verlustig gehen soll¹⁾. Der Grundsatz der Registrierungspflicht ist somit in diesen Verhältnissen lückenlos durchgeführt.

Schliesslich beherrschte er auch das intertemporale Recht, indem die Ehegatten Dritten gegenüber unter der Güterverbindung des neuen Rechtes standen, sofern sie nicht vor dessen Inkrafttreten die Beibehaltung ihres bisherigen gesetzlichen oder vertraglichen Güterstandes zur Eintragung im Güterrechtsregister angemeldet hatten, SchlT Art. 9 Abs. 2, Art. 10²⁾. Somit galt auch intertemporalrechtlich nach Inkrafttreten des ZGB altes Recht nur noch kraft Eintragung im Register³⁾.

Der Grundsatz der negativen Rechtskraft des Güterrechtsregisters erfährt indessen im Gesetz und in der Praxis zwei Einschränkungen von sehr unterschiedlicher praktischer Tragweite:

1. Die Wirksamkeit eines Registereintrags ist abhängig vom Wohnsitz des Ehemannes im Registerbezirk. Wird der Wohnsitz ausserhalb des Registerbezirks verlegt, so hat eine Uebertragung ins Register am neuen Wohnsitz zu erfolgen, Art. 250 Abs. 2. Die Wirkung des Eintrags am bisherigen Wohnsitz erlischt jedoch nicht mit der Verlegung des Wohnsitzes selbst, sondern erst nach Ablauf von drei Monaten, Art. 250 Abs. 3. Eine Rückwirkung des Erlöschens auf den Zeitpunkt des Wohnsitzwechsels erfolgt nicht⁴⁾. Während dieser Uebergangszeit leben die Ehegatten auch ohne Eintrag im Wohnsitzregister unter ihrem bisherigen vertraglichen oder dem richterlich angeordneten Güterstand. Er gilt jedoch nicht etwa kraft Vertrages oder richterlicher Verfügung, sondern kraft Eintragung am früheren Wohnsitz, sodass es sich hier nicht eigentlich um eine Ausnahme vom

1) ZBGR 8, 164.

2) Wo die Eheverträge bereits in öffentlichen Registern eingetragen waren, erfolgte die Uebertragung von Amtes wegen, SchlT Art. 10 Abs. 2. War sie jedoch unterblieben, so konnten sie nicht mehr nachgeholt werden. Der Vertrag musste zur Neueintragung angemeldet werden, wobei er nur registriert werden konnte, wenn er inhaltlich dem neuen Recht entsprach, Art. 10 GRVO, Entsch. d. eidg. Just. u. Pol. Dep. v. 23.7.1919, ZBGR 1, 106/7. - Die Weitergeltung des alten Rechts beruhte somit allein auf der Rechtskraftwirkung des Registers.

3) Eine Besonderheit bestand nur insofern, als der Registereintrag für sich allein genügte und bundesrechtlich die Publikation nicht erforderlich war. Art. 9 Abs. 2, Art. 10 SchlT, Kreisschr. d. BR vom 22.9.1911, Ziff.3.

4) Die dreimonatige Frist ist auch zu beachten, wenn im Ausland lebende Ehegatten einen Ehevertrag im Register des Heimortes hatten eintragen lassen (vgl. das erwähnte Kreisschreiben des BR, Ziff. 1) und nachträglich in der Schweiz Wohnsitz nehmen. Der Eintrag ist innert drei Monaten ins Register des nunmehrigen Wohnsitzes zu übertragen. Gutachten des eidg. Just. u. Pol. Dep. v. 3.5.1924, Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1307 IX.

Erfordernis der Registrierung, als vielmehr um eine zeitlich befristete Ausdehnung des örtlichen Geltungsbereichs des Registers handelt¹⁾. Immerhin wird dadurch doch die Verlässlichkeit des Wohnsitzregisters beeinträchtigt. Für den Verkehr ist dies ohne grössere Nachteile: Die Gläubiger am neuen Wohnsitz schützt zunächst der Grundsatz der primären Haftbarkeit des Ehemannes und der subsidiären Haftung der Ehefrau für Haushalts-schulden. Wer darüber hinausgehende Rechtsgeschäfte mit neu zugezogenen Eheleuten zu tätigen beabsichtigt, dem kann eine Erkundigung im Register des früheren Wohnsitzes wohl zugemutet werden, sodass eventuell die Uebertragung bzw. Nichtübertragung zur Bedingung gemacht oder Sicherheiten ausbedungen werden können²⁾.

2. Bedeutsamer ist die Einschränkung des Prinzips der negativen Rechtskraftwirkung im Falle der Gütertrennung bei Konkurs. Endet der Konkurs eines Ehegatten mit der Ausstellung von Verlustscheinen, so tritt nach herrschender Auffassung von Gesetzes wegen Gütertrennung ein, Art. 182 Abs. 1. Sie ist durch das Konkursamt von Amtes wegen zur Eintragung ins Güterrechtsregister anzumelden, Art. 186 Abs. 3. Die rechtsbegründende Tatsache ist hier die Ausstellung der Verlustscheine; dem Eintrag kommt rein deklaratorische Bedeutung zu, sodass Gütertrennung auch besteht, wenn eine Eintragung unterlassen wird oder zufolge Wegzuges der Ehegatten oder des Ehemannes ins Ausland nicht vorgenommen werden kann³⁾. Literatur und Praxis haben daraus den Schluss gezogen, dass die Gütertrennung auch bei Wohnsitzwechsel ohne Uebertragung des Registereintrags fortbesteht und Art. 250 Abs. 2 und 3 hierauf nicht anwendbar sind⁴⁾. Dem-

1) Dagegen handelt es sich um eine wirkliche Ausnahme vom Registerprinzip, wenn die Eintragung gerichtlicher Gütertrennung zwischen einer in der Schweiz wohnenden Ehefrau und ihrem im Ausland lebenden Ehemann weder im Register des letzten gemeinsamen Wohnsitzes noch in demjenigen des Wohnsitzes der Ehefrau zugelassen, der Gütertrennung aber gleichwohl Wirksamkeit gegen Dritte zugesprochen wurde. Just. u. Pol. Dep., 12.1.1922, Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1308 VI. Eine Gesetzesrevision in dem Sinne, dass bei selbständigem Wohnsitz der Ehefrau eine Eintragung an letzterem erfolgen kann, läge im Interesse der Ehefrau und des Verkehrs.

Sodann ist eine Ausnahme am Platz für Ehegatten, die bei Wohnsitznahme in der Schweiz in- nert drei Monaten einen im Ausland geschlossenen Ehevertrag eintragen lassen. Sie sind als von der Niederlassung an unter dem Güterstand des Ehevertrages lebend anzusehen. Boss- hardt 52 unter der Annahme rückwirkender Rechtskraft des Registereintrags.

2) Erhebliche Schwierigkeiten kann die Frage bereiten, in welchem Zeitpunkt ein neuer Wohn- sitz begründet worden ist. Nicht massgeblich ist das Datum des Wegzuges aus dem bisherigen Registerbezirk, da ein Wohnsitz beibehalten wird, bis ein neuer begründet ist, Art. 24 Abs. 1. Da das Register dem Schutze Dritter zu dienen hat, wäre es wohl zweckmässiger, auf das Da- tum der tatsächlichen Aufgabe eines Wohnsitzes abzustellen. Kappeler 13 bezeichnet als we- sentliches Kriterium die Deponierung der Ausweisschriften am neuen Wohnort.

3) Gmür Art. 182 N. 11a, N. 12, Weiss 13/14. Eidg. Just. u. Pol. Dep. v. 23.11.1921, Burck- hardt, Bundesrecht, Nr. 1299 II u.a.

4) Gmür, Art. 248 N. 30, 250 N. 8, Egger, Art. 186 N. 1, 250 N. 5. Entscheid d. eidg. Just. u. Pol. Dep. v. 23.11.1921, Bericht v. 16.6.1923. In BGE 48 III 7 ist die Frage offengelassen. Eine Uebertragung oder Neueintragung ist auf Begehren eines oder beider Ehegatten jeder-

entsprechend wurde auch intertemporalrechtlich die Weitergeltung einer altrechtlichen Gütertrennung bezw. Massnahme, "die ihrem wesentlichen Effekt nach auf eine Gütertrennung hinausläuft" (Mutzner) trotz Fehlens einer Beibehaltungserklärung (Art. 9 Abs. 2 SchlT) anerkannt¹⁾.

Es lässt sich nicht verhehlen, dass dadurch die Verlässlichkeit des Güterrechtsregisters in bedauerlicher Weise beeinträchtigt und seine Brauchbarkeit für den Verkehr herabgesetzt ist, bildet doch gerade die Gütertrennung als Konkursfolge einen der häufigeren Fälle eines vom ordentlichen Güterstand abweichenden güterrechtlichen Regimes²⁾. Dazu kommt, dass gerade in diesem Fall die Ehegatten besonders häufig eine Uebertragung unterlassen, um am neuen Wohnsitz ihren Kredit nicht zu gefährden, wird doch die Publikation der Gütertrennung nach landläufiger Anschauung nicht gerade als kreditfördernd angesehen. Damit läuft aber ein Dritter trotz sorgfältiger Erkundigung Gefahr, dass ihm nach Jahr und Tag Gütertrennung entgegengehalten werden kann, eine Gefahr, gegen welche ihn auch das Verbot des Rechtsmissbrauchs nicht oder nur ganz ausnahmsweise schützen wird, es sei denn, er wäre durch positive Zusicherungen irregeführt worden, so dass der Vertrag wegen Täuschung angefochten werden kann.

Diesem Mangel suchen die Registerbehörden durch die gegenseitige Meldung ihnen bekannt gewordener Wohnsitzveränderungen zu begegnen. Abgesehen davon, dass dadurch die Registerführung belastet und verteuert wird, wird auf diesem Wege die Vollständigkeit des Registers doch nie erzielt werden können. Radikaler und einfacher erscheint eine Aenderung der Praxis in dem Sinne, dass auch bei der gesetzlichen Gütertrennung die externe Beibehaltung gemäss Art. 250 Abs. 2 und 3 von der Uebertragung des Registereintrags abhängig gemacht wird. Einer Gesetzesänderung bedarf

zeit zulässig und kann auch von Amtes wegen unter Anzeige an die Ehegatten vorgenommen werden. Die Eintragung ist gebührenfrei. Bericht d. Just. u. Pol. Dep. v. 16.6.1923. - Der Grund der Gütertrennung ist in der Publikation nicht mehr anzugeben, BGE 62 I 26.

1) Mutzner, SchlT Art. 9 N. 46, 47, Gmür, Vorbem. z. 6. Titel N. 27, Art. 248 N. 53, Martin 101, Kuhn, ZBJV 48, 378, 385 ff., Erny 112, E. Wyss, Die Rechtsstellung altbernischer Ehegatten, Bern 1918, 39; Entscheide des eidg. Just. u. Pol. Dep. und des BR, gestützt auf ein Gutachten von Prof. E. Huber v. 8.11.1912, bei Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1294 II, ferner Nr. 1294 V, VII; ZBJV 63, 70 ff., MBVR 10, 403. a.A. Burckhardt-Passavant, ZSR 28, 342, Giesker-Zeller 106, (mit Einschränkungen), Bühlmann, Das schweiz. ZGB im Kanton Bern, 115, Kantonsger. Waadt in SJZ 9, 159, eidg. Just. u. Pol. Dep. in BBl 1908 IV 515, 533. Der BR erachtete immerhin die Kantone als kompetent, über die Fortdauer der altrechtlichen Gütertrennung zu bestimmen und hiefür die Eintragung im Güterrechtsregister gemäss Art. 9 Abs. 2 SchlT zu verlangen. Im gleichen Sinne Mutzner, Art. 9 N. 47. Von dieser Möglichkeit haben Gebrauch gemacht Waadt, EG Art. 198 Abs. 3, Genf Art. 106, Neuenburg, Arrêté concernant les régimes matr., Ziff. 3, Schwyz § 40 Abs. 3, Solothurn § 375, Uri Art. 168, Baselstadt Art. 219 Abs. 2, Bern Art. 142. Um eine blosse Ordnungsvorschrift dürfte es sich dagegen in Thurgau, VO betr. Einführung des Güterrechtsregisters, § 5 Abs. 1, und Wallis, Ordonnance relative au registre des régimes matr., Art. 13, handeln.

2) Ende 1945 bezogen sich von total 105'874 Eintragungen 13'256 auf Gütertrennung gemäss Art. 182 Abs. 1.

es u. E. hiezu nicht.

Die heutige Praxis wird unterstützt durch den Wortlaut des Art. 178, der die Ehegatten mangels Ehevertrages der Güterverbindung unterstellt, jedoch unter dem Vorbehalt des ausserordentlichen Güterstandes, und ferner durch Art. 248, der die infolge Konkurses eintretende Gütertrennung nicht unter den eintragungspflichtigen Tatsachen nennt. Art. 178 behält indessen den ausserordentlichen Güterstand ganz allgemein vor, ohne zwischen der gesetzlichen und richterlichen Gütertrennung zu unterscheiden; für letztere ist nicht zweifelhaft, dass sie der Eintragung bedarf. Art. 178 bezieht sich sowohl auf das Innen- wie das Aussenverhältnis, nimmt aber zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein vertraglicher oder der ausserordentliche Güterstand nach aussen wirksam wird, keine Stellung. Ebenso wenig ist Art. 248 schlüssig; denn die Aufzählung der eintragungspflichtigen Tatsachen ist nicht vollständig und abschliesslich, wird doch die Gütertrennung auf Begehren eines Verlobten (Art. 182 Abs. 2) auch nicht erwähnt, obwohl sie ausschliesslich auf dem Registereintrag beruht. Es dürfte denn auch die Nichterwähnung von Art. 182 Abs. 1 und 2 auf ein Versehen zurückzuführen sein¹⁾. Steht somit Art. 248 der Eintragungspflicht nicht entgegen, so ergibt sich anderseits aus ihm die Registrierungspflicht als allgemeines Prinzip, wobei Ausnahmen doch wohl ausdrücklich im Gesetz genannt sein müssten. Eine solche Ausnahme folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Gütertrennung als unmittelbare, gesetzliche Folge des Konkurses eintritt. Für die richterliche Gütertrennung geht aus Art. 248 hervor, dass der nach Art. 186 Abs. 3 von Amtes wegen erfolgenden Eintragung extern konstitutive Bedeutung zukommt. Es fehlt jedoch jeder Anhaltspunkt dafür, dass beim Konkurs die ebenfalls von Amtes wegen erfolgende Eintragung eine andere Bedeutung besitzen soll. Gegenteils spricht die parallele Behandlung der beiden Fälle in Art. 186 und der allgemeine Grundsatz des Art. 248 gegen eine solche Annahme. Vollends ergibt sich aus dem Gesetz nicht, dass die gesetzliche Gütertrennung trotz der ausdrücklich vorgeschriebenen Registrierung in ihrem Fortbestand bei Wohnsitzwechsel vom Register schlechthin unabhängig sein sollte. Es fehlt eine gesetzliche Bestimmung über den Beginn und die Beibehaltung der externen Wirksamkeit der Gütertrennung bei Konkurs, und es steht nichts entgegen, diese Lücke in Analogie zur gerichtlichen Gütertrennung und in Uebereinstimmung mit dem dem Güterrechtsregister zugrunde liegenden Prinzip der negativen Rechtskraft des Registers zu ergänzen²⁾.

1) Siehe Anm. 2.

2) Vgl. hiezu Erl. 187: "Jedenfalls aber lässt sich mit Vorteil der Grundsatz durchführen, dass alle durch Ehevertrag oder nach Gesetz oder Gerichtsurteil ausserordentlicherweise unter den Ehegatten begründeten Güterstandsverhältnisse erst durch die Eintragung Dritten gegenüber Wirkung erhalten sollen".

Die gleiche Auffassung vertraten Huber und Rossel in der Expertenkommission. "Referent bittet zu beachten, dass auch diese Gütertrennung (scil. bei Konkurs) Dritten gegenüber nur

Einer solchen Auslegung stehen auch keinerlei gewichtige sachlichen Gründe entgegen. Ob extern die Gütertrennung vom Tage der Ausstellung der Verlustscheine oder erst von der innert kurzer Frist zu erfolgenden Publikation an datiert wird, ist ohne grössere praktische Bedeutung. Sodann liegt die Gütertrennung und ihre Aufrechterhaltung in erster Linie im Interesse der Ehegatten und nur in geringem Masse in demjenigen der Gläubiger und einer weitem Öffentlichkeit¹⁾. So sind die Mannesgläubiger in keinem Fall daran interessiert, da ihnen die Erträge des Frauengutes und die nach Art. 201 Abs. 3 ins Manneseigentum tretenden Frauengutswerte entgehen. Gerade deswegen ist allerdings die Gütertrennung für die Frauengläubiger von Vorteil, wobei sie aber auch nicht verhindern können, dass die Ehefrau dem Ehemann die Verwaltung z.B. des aus dem Konkurs geretteten Frauengutes, ja ihres gesamten Vermögens überträgt und ihm die Nutzung ohne Abrechnungspflicht überlässt, Art. 242, sodass die Gütertrennung auch für die Frauengläubiger von zweifelhaftem Werte ist. Kommt die Gütertrennung in erster Linie den Ehegatten zu gute, so kann ihnen auch zugemutet werden, für ihre Aufrechterhaltung im Aussenverhältnis selbst Sorge zu tragen und nötigenfalls die Uebertragung oder Neueintragung, die ja jederzeit auf einseitiges Begehren eines Gatten möglich ist (Art. 249 Abs. 2), zu erwirken. Im weitem genügt es, wenn den Gläubigern des konkursiten Ehegatten analog zu Art. 185 die Befugnis gegeben wird, die Eintragung bzw. Uebertragung verlangen zu können. Damit ist den Interessen der Beteiligten vollauf Rechnung getragen. Weiterzugehen, im Sinne der gegenwärtigen Praxis, besteht kein Anlass, umso weniger, als dieselbe vorab auf Kosten der Rechtssicherheit geht und der Beeinträchtigung derselben kein wirklich schutzwürdiges Interesse der Ehegatten und der Gläubiger entspricht. Wir halten da-

wirksam sei bei Eintragung im Ehegutsregister. Allerdings werde der Eintrag in irgendeiner Weise bewirkt werden müssen; für den Fall des Konkurses eines Ehegatten müsste das Konkursamt das Nötige tun. Bei der Verheiratung dagegen müsste man es den Interessenten überlassen, die Eintragung zu erwirken.

Rossel ne pourrait consentir au maintien de l'art. 203 (=182 ZGB) que si l'on modifiait l'art. 219 (=248) en exprimant l'idée que la séparation de l'art. 203 n'exercera ces effets à l'égard des tiers que moyennant inscription au registre des régimes matrimoniaux". Prot. S. 190. Huber verwies weiterhin auf Art. 207, wo der Eintrag als Amtspflicht aufgestellt sei, und wollte den Bedenken Rossels dadurch Rechnung tragen, dass in Art. 219 (=248) nach dem Wort "Vertrag" noch "Gesetz" eingefügt werde, ein Vorschlag, der allerdings bei der Beratung des Art. 219 nicht mehr diskutiert wurde.

Der Auffassung Hubers und Rossels wurde allerdings von Reichel widersprochen, der in Uebereinstimmung mit seinem weitem Antrag, bei Konkurs und Auspfändung in jedem Fall ohne weiteres Gütertrennung eintreten zu lassen, verlangte, dass sie auch ohne weitere Formlichkeiten von Gesetzes wegen eintrete. Seine Anträge wurden indessen verworfen, sodass angenommen werden kann, dass die Kommission auch in diesem Punkt die Auffassung des Gesetzesredaktors teilte, und dass die Ergänzung des Art. 248 in dem von ihm vorgeschlagenen Sinn lediglich aus Versehen unterblieb, gerade weil die Geltung des Eintragungsprinzips als selbstverständlich angesehen wurde.

1) Götzinger, ZSR 40, 334 ff. - Bezeichnenderweise hat denn auch Art. 185 keinerlei grössere praktische Bedeutung erlangt. Ende 1945 bestanden nur 342 Eintragungen.

her dafür, dass auch bei der gesetzlichen Gütertrennung zufolge Konkurses eine Uebertragung des Registereintrags erforderlich ist¹⁾, womit das Prinzip der negativen Rechtskraft des Güterrechtsregisters konsequent²⁾ durchgeführt und die Vollständigkeit des Registers und damit seine Zuverlässigkeit und Praktikabilität gewährleistet ist.

b) Positive Publizitätswirkung.

Registereintrag und Publikation begründen die nicht widerlegbare Vermutung der Kenntnis des eingetragenen Güterstandes. Der Nachweis der Unkenntnis desselben ist ausgeschlossen³⁾. Auf den guten oder schlechten Glauben, das Wissen oder Wissenssollen kommt es nicht an.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes bedarf es der Registrierung und der Veröffentlichung des Registereintrags, Art. 248. Das Datum der Veröffentlichung ist im Güterrechtsregister einzutragen, Art. 24 lit. c GRVO. Die Wirksamkeit beginnt am Tage nach Erscheinen des kantonalen Amtsblatts⁴⁾.

Kommt dem Registereintrag für sich allein eine Wirkung zu? Die Frage ist umstritten⁵⁾. Sie ist von keiner grossen Tragweite, da das Datum des Registereintrags und der Veröffentlichung nicht stark differieren. Im Prinzip müssen beide Voraussetzungen gegeben sein, so insbesondere für die Frage nach dem massgeblichen Güterstand bei Betreibung und Konkurs. Eine Ausnahme ist dort zuzulassen, wo sich ein Dritter nachweisbar auf den eingetragenen und noch nicht publizierten Güterstand verlassen hat. Nachdem die Ehegatten den Ehevertrag zur Eintragung angemeldet, damit ihren übereinstimmenden Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich im Verhältnis zu Dritten dem Güterstand des Ehevertrages zu unterstellen (Art. 249 Abs. 1), und auch alles ihrerseits hiezu Erforderliche getan haben, wäre eine Berufung auf die noch nicht erfolgte Publikation rechtsmissbräuchlich. Das Gleiche gilt bezüglich des Ehegatten, der ein Gütertrennungsurteil erwirkt hat; der Beklagte soll nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils, das intern zurückwirkt (Art. 186 Abs. 2), sich Dritten gegenüber nicht auf Befugnisse aus dem externen Güterstand berufen können, die ihm im Verhältnis zum andern Ehegatten nicht mehr zustehen. Geschützt wird dabei nicht die private Kenntnis des Ehevertrages oder Urteils, sondern das Vertrauen auf den Registereintrag. Umgekehrt sollen die Ehegatten

1) So auch Ob. Gericht Solothurn, ZBGR 19 (1935), 176.

2) Mit den S. 10 Anm. 1 genannten Ausnahmen.

3) BGE 42 II 581.

4) Egger Art. 248 N. 10 in Analogie zu Art. 932 Abs. 2 OR, Gmür Art. 248 N. 21, Bosshardt 30, Kappeler 12.

5) Die Kenntnis des blossen Registereintrags wollen berücksichtigen Huber, Erl. 187, Referat 539, G. Müller 82, Kappeler 11, M. Eulau 103, Bosshardt 30, Henrici 58. a.A. Weiss 18, Egger, Art. 248 N. 11, Gmür, Art. 248 N. 24a (vgl. indessen auch N. 36).

ten einen noch nicht publizierten Eintrag einem Dritten nicht entgegenhalten können, mag derselbe auch davon Kenntnis gehabt haben¹⁾.

c) Positive Rechtskraft des Güterrechtsregisters?

Eintragungspflichtige Tatsachen erlangen Dritten gegenüber Wirksamkeit nur durch den Eintrag im Register. Das bedeutet indessen nicht, dass der Eintrag für sich allein, losgelöst von der materiellen Rechtsgrundlage, Recht schafft und anerkannt wird²⁾. Das Gesetz hat dem Güterrechtsregister diese positive Rechtskraftwirkung versagt. Die Rechtswirksamkeit besteht nur, soweit der Eintrag auf einem gültigen Grundgeschäft (Ehevertrag, Rechtsgeschäft zwischen Ehegatten, Art. 177 Abs. 2) oder einer gültigen behördlichen Verfügung (Urteil, Ausstellung von Verlustscheinen) beruht und mit diesem übereinstimmt. Ein Mangel in dem der Eintragung zugrunde liegenden Rechtsakt wird durch die Eintragung nicht geheilt³⁾.

Es wird aber auch der gute Glaube Dritter in einen fehlerhaften Eintrag nicht geschützt. Ist ein Ehevertrag wegen Formmangels (Unzuständigkeit der Urkundsperson⁴⁾, Nichtmitwirkung des gesetzlichen Vertreters oder der Vormundschaftsbehörde, Verletzung der kantonalen Vorschriften über die Beurkundung), wegen Handlungsunfähigkeit einer Vertragspartei, Willensmangels oder Widerrechtlichkeit (Abschluss eines Ehevertrages trotz Bestehens von Verlustscheinen, Art. 187) als ungültig erklärt, ein auf Gütertrennung erkennendes Urteil durch Kassationsbeschwerde beseitigt, so ist der Eintrag ohne Vorbehalt der inzwischen erworbenen Rechte Dritter zu löschen⁵⁾. Der gute Glaube vermag den fehlenden Rechtsgrund des Registereintrags nicht zu ersetzen. Es entbehrt das Güterrechtsregister im Gegensatz zum Grundbuch des öffentlichen Glaubens⁶⁾.

1) Der nicht publizierte Eintrag wirkt also höchstens gegen die Ehegatten und für den Dritten, nicht aber auch gegen den Dritten. a.M.G. Müller, Huber, Kappeler a.a.O.

2) Zum Begriff der positiven Rechtskraft vgl. Huber, Sachenrecht, 92, 112, 116 Anm. 1.

3) BGE 43 II 12, Just. Abt. in VEB 13 Nr. 23, Gmür, Art. 248 N. 28, Egger, Art. 248 N. 9, Huber, Sachenrecht 123.

4) VEB 13 Nr. 23.

5) Hätte sich die Ehefrau nur nach dem eingetragenen Güterstand (Gütertrennung), nicht aber nach dem materiell zutreffenden (Güterverbindung, Gütergemeinschaft) ohne Zustimmung des Ehemannes mit ihrem ganzen Vermögen verpflichten können, so wird ihre Haftung auf das Sondergut beschränkt, wenn die ehemännliche Zustimmung nicht nachträglich beigebracht werden kann. Ist ungerechtfertigterweise Gütergemeinschaft eingetragen worden, so wird das Mannes- bzw. Frauenvermögen den Gläubigern des andern Ehegatten nicht verhaftet. Verfügungen der Ehefrau (über Fahrnis oder grundbuchliche Verfügungen) sind ungültig, wenn sie nach dem materiell zutreffenden Güterstand der Zustimmung des Ehemannes bedurft hätte.

6) Es gilt dies vor allem auch bei nachträglichem Wegfall der Voraussetzungen eines Eintrags. So infolge Wohnsitzwechsels und Wegzug aus dem Registerbezirk, Wegfall der richterlichen Gütertrennung gemäss Art. 145, 155, 170 infolge Abweisung der Scheidungsklage oder Wiedervereinigung der Ehegatten. Vgl. hiezu S. 125. Dagegen fällt ein vertraglicher Güterstand durch

Vom Standpunkt des Verkehrs aus mag diese Ausgestaltung der Registerwirkung bedauert werden; vom Standpunkt der Ehegatten aus, dem der Gesetzgeber hier den Vorzug gegeben hat, ist sie zweifellos angemessen. Durch die Formvorschriften für den Ehevertrag, die vormundschaftliche Genehmigung und die Prüfungspflicht der Registerbehörden (Art. 10 GRVO) ist zudem die Gefahr mangelhafter Einträge auf ein Minimum herabgesetzt, worauf die geringe Zahl bekannt gewordener Fälle ungültiger Eintragungen hindeutet¹⁾.

§ 2. Der Gegenstand der Eintragungen.

Eintragungsbedürftig sind nach dem vorher Gesagten alle diejenigen Tatsachen, denen Wirkung gegenüber Dritten zukommen soll. Bei Eheverträgen sind diese Bestimmungen von den Ehegatten einzeln zu bezeichnen, Art. 249 Abs. 1 ZGB, Art. 12 Abs. 3 GRVO. Die Einigung darüber gehört zum Inhalt des Ehevertrages oder Rechtsgeschäfts. Die Eintragung selbst kann dann mangels entgegenstehender Vereinbarung auf einseitiges Begehren eines Ehegatten erfolgen, Art. 249 Abs. 2, was namentlich eine Neueintragung nach einem Wohnsitzwechsel, bei welchem die rechtzeitige Anmeldung beim Register des neuen Wohnsitzes unterblieben war, erleichtert.

1. Eintragungsbedürftig sind im besonderen

- a) Eheverträge generellen Inhalts, durch welche ein von der subsidiären gesetzlichen Ordnung abweichender Güterstand begründet, geändert oder aufgehoben wird. Voraussetzung ist die Abweichung von der subsidiären gesetzlichen Ordnung. Die Vereinbarung von Güterverbindung als solcher ist nicht eintragungsfähig²⁾, wohl aber die Bestellung von vertraglichem Sondergut oder der Uebergang von Gütertrennung, Gütergemeinschaft zu Güterverbindung.

Abschluss eines neuen Ehevertrages mit nur interner Wirkung nicht dahin. Es behält der erste Vertrag seine Wirkung im externen Verhältnis bei.

Das Register gewährleistet somit nur das Nichtbestehen eines vom ordentlichen Güterstand abweichenden Verhältnisses, nicht aber das Bestehen der eingetragenen Tatsachen.

1) Vorbehalten bleibt bei Ungültigkeit eines Eintrags die Anfechtung eines mit den Ehegatten geschlossenen Rechtsgeschäfts wegen Irrtum, eventuell Täuschung, sowie die Schadenersatzklage gegen die Ehegatten oder den Gläubiger (Art. 185), die einen fehlerhaften Eintrag erwirkt haben. Selbst wenn der Mangel durch die Urkundsperson, den Richter oder den Registerführer verursacht wurde, kann sich u. E. der Dritte an die Ehegatten halten, da ihnen zugemutet werden kann, sich von der Richtigkeit des Eintrags zu vergewissern, sodass sie nach aussen die Verantwortung für den Eintrag zu übernehmen haben, unter Vorbehalt des Regresses gegen die Urkundsperson oder den Registerführer. Da es sich um eine Haftung aus Delikt handelt, haften die Ehegatten als Volls Schuldner, Art. 207, 220 Ziff. 5. a.A.Gmür Art. 248 N. 36, der die Ehegatten nach dem eingetragenen Güterstand haften lassen will.

2) Eidg. Just. u. Pol. Dep., Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1297 VII, Just. Abt. in VEB 4 Nr. 45, 46.

- b) Eheverträge speziellen Inhalts, zur Begründung und Aufhebung vertraglichen Sonderguts (Art. 190 Abs. 1), Uebertragung von Frauengut ins Manneseigentum (Art. 199), Aenderungen des Umfangs des Gesamtgutes bei beschränkter Gütergemeinschaft (Art. 237), Bestellung, Aenderung oder Aufhebung einer Ehesteuer (Art. 247).
- c) Richterliche Erkenntnisse betr. Anordnung oder Aufhebung des ausserordentlichen Güterstandes der Gütertrennung, Art. 183-184, 185, 145, 155, 170, 187¹⁾.
- d) Gütertrennung bei Ausstellung von Verlustscheinen im Konkurs eines Ehegatten, Art. 182 Abs. 1.
- e) Gütertrennung auf Begehren eines Verlobten bei Bestehen von Verlustscheinen aus Konkurs oder Auspändung zur Zeit der Eheschliessung, Art. 182 Abs. 2.
- f) Erklärungen betreffend die Beibehaltung des alten Rechts, Art. 9 Abs. 2 SchlT.
- g) Altrechtliche Eheverträge, Art. 10 SchlT.
- h) Rechtsgeschäfte vermögensrechtlicher Natur zwischen Ehegatten, die, ohne Eheverträge zu sein, das eingebrachte Gut der Ehefrau bei Güterverbindung oder das Gesamtgut bei Gütergemeinschaft betreffen, Art. 177 Abs. 2. Hierunter fallen nach der Praxis im besonderen Rechtsgeschäfte zur Tilgung von Frauengutsforderungen während bestehender Güterverbindung,²⁾ wogegen die Eintragungspflicht und Eintragungsfähigkeit für die Liquidation der Güterverbindung und des Gesamtgutes nach eingetretener Gütertrennung verneint wird³⁾.

2. Eintragungsfähig, jedoch nicht eintragungsbedürftig sind gemäss Verordnung das gesetzliche Sondergut, sowie Sondergut, das von Dritten bestellt worden ist, Art. 190 Abs. 1 ZGB, Art. 16 GRVO. Da der Eintrag rein deklaratorisch ist und nichts dem ordentlichen Güterstand Zuwiderlaufendes enthält, erfolgt keine Veröffentlichung, Art. 36 Abs. 3 GRVO.

3. Nicht eintragungsfähig sind nach der allerdings nicht ganz einheitlichen Praxis Vereinbarungen über eine vom Gesetz abweichende Teilung des Vor-, bezw. Rückschlags und des Gesamtgutes, Art. 214 Abs. 3, 226, 240 Abs. 3⁴⁾, sowie Eheverträge über die interne Lastentragung. Es

1) Vgl. im einzelnen S. 115 ff. Die Aufhebung der Gütertrennung auf Begehren eines Verlobten kann sowohl durch Richterspruch als auch durch Ehevertrag erfolgen, Rossel 328.

2) BGE 45 III 172, 46 II 352; Gmür Art. 177 N. 19. Im Einzelnen vgl. S. 168.

3) SJZ 10, 307, VEB 8 Nr. 38 = ZBGR 21, 31, ZBJV 71, 191, ZR 21 Nr. 82. Vgl. zu dieser Frage S. 169.

4) Just. Abt. VEB 4 Nr. 45, 46 (= ZBGR 16, 27-28), VEB 8 Nr. 38 (= ZBGR 22, 21); Just. Dir. Bern, Verwaltungsbericht 1938, ZBGR 20, 299; Egger, Art. 248 N. 4, Gmür, Art. 248 N. 9.

wird dies damit begründet, dass eine Aenderung der Vorschlags- und Gesamtgutsteilung nur die Ehegatten und ihre Erben, die nach Art. 248 Abs. 2 nicht als Dritte anzusehen sind, berühre¹⁾. Der Anspruch der Ehefrau auf einen Anteil am Vorschlag gehört jedoch zu ihrem eingebrachten Gut und kann mit diesem gepfändet werden, Art. 175. Ersatzansprüchen und Ausgleichsforderungen können Ansprüche des andern Ehegatten auf Beteiligung am Rückschlag oder aus der Vereinbarung über die Tragung der Lasten des Haushalts zur Verrechnung entgegengestellt oder in Konkurs und Anschlusspfändung geltend gemacht werden. Wird bei Uebergang von Gütergemeinschaft zu Güterverbindung (z.B. bei Wohnsitzwechsel, Art. 250) oder Gütertrennung das Gesamtgut nicht liquidiert²⁾, so kann von neuen Gläubigern des einen oder andern Ehegatten der Anteil des Schuldners am Gemeinschaftsvermögen gepfändet oder zur Konkursmasse gezogen werden. Indem ferner bei Scheidung oder Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes ein Vorschlag nach den Regeln des Güterstandes geteilt wird (Art. 154, 189), ist jede Teilungsvereinbarung, die nicht ausdrücklich nur auf den Tod eines Ehegatten gestellt ist, geeignet, Wirkungen unter Lebenden zu entfalten und damit die Rechte Dritter zu berühren³⁾. Die gegebene Begründung geht somit u.E. fehl. Die Ausnahme von der Eintragungspflicht liesse sich höchstens damit begründen, dass solche Vereinbarungen ihre Bedeutung erst im Liquidationsfalle erhalten, zunächst aber, solange der Güterstand beibehalten wird, ohne jede unmittelbare Wirkung sind und an der konkreten Vermögensordnung der Ehegatten, der Gliederung des vorhandenen Vermögens in verschiedene Vermögenskomplexe sowie am Umfang derselben nichts ändern. Es werden nur obligatorische Ansprüche auf einen Anteil am zukünftigen Liquidationsergebnis begründet, oder es wird auf einen solchen Anteil ganz oder teilweise verzichtet⁴⁾. Die Tilgung dieser Ansprüche erfolgt erst im Wege der rechtsgeschäftlichen Auseinandersetzung, ist somit gegebenenfalls registrierungspflichtig nach Massgabe des Art. 177 Abs. 2⁵⁾. Die Frage aber, ob sich der aus Teilungsvereinbarungen und Verträgen über die interne Lastentragung berechnete Ehegatte mit diesen güterrechtlichen Ansprüchen einer Pfändung anschliessen oder am Konkurs beteiligen oder sie dem nach Art. 188 gegen ihn vorgehenden Gläubiger entgegenhalten und sie

Anders noch das eidg. Just. u. Pol. Dep. bei Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1297 VII. Ferner lassen die Eintragung zu das app. ausserrhod. Registeramt (Rechenschaftsber. d. Reg. Rates 1945/1946, 219, 1947, 211) und die aarg. Registerbehörden (ohne Publikation), ZBGR 29, 13.

1) Just. Abt. VEB 4 Nr. 45, 8 Nr. 38.

2) Auch bei unmittelbarem Zerfall des Gesamtgutes in die Eigengüter der Ehegatten infolge Scheidung oder Gütertrennung bedarf die Errungenschaft der rechtsgeschäftlichen Liquidation. Vgl. S. 148/49, 158/59.

3) Vgl. auch Kappeler 35 ff.

4) S. 135.

5) S. 17 lit.h, S. 168.

sich anrechnen lassen kann¹⁾, und die Gläubiger sich diese Konkurrenz gefallen lassen müssen, kann gemäss dem Prinzip des Art. 248 nur auf Grund des Dritten gegenüber verlaublichen Güterrechts entschieden werden. Es bedürfen daher auch diese Verträge zur Rechtswirksamkeit Dritten gegenüber der Registrierung und der Publikation^{2,3)}.

Nicht eintragungsfähig ist dagegen eine Klausel, durch welche Ehegatten einem Güterstandswechsel rückwirkende oder nichtrückwirkende Kraft beilegen wollen. Die dingliche Wirkung einer Güterstandsänderung wird ausschliesslich durch das Gesetz bestimmt und ist der Parteiwillkür entzogen⁴⁾. Entweder befindet sich eine solche Abrede in Uebereinstimmung mit dem Gesetz, sodass sie einer selbständigen rechtlichen Bedeutung entbehrt und aus diesem Grunde nicht eintragungsfähig ist, oder sie widerspricht der gesetzlichen Ordnung, sodass deswegen die Eintragung nicht zulässig ist, Art. 10 lit. a GRVO⁵⁾.

§ 3. Das Verhältnis des Güterrechtsregisters zu Grundbuch und Handelsregister.

- a) Der Einfluss des ehelichen Güterrechts auf die Vermögensrechte der Ehegatten und die Verfügungsbefugnis.

1. Im allgemeinen. Der das eheliche Güterrecht beherrschende Rechtsgedanke ist die Gliederung der Vermögen der Ehegatten in verschiedene Vermögenskomplexe, die gemäss ihrer Zweckbestimmung - Förderung der Gemeinschafts- oder Individualinteressen - in Bezug auf Rechtszuständigkeit (Eigentum, beschränkte dingliche Rechte, Gläubigerschaft), Verwaltung und Nutzung einer verschiedenen rechtlichen Behandlung unterworfen werden. Es werden nicht spezielle Rechte an einzelnen Vermögensobjekten des einen Ehegatten zugunsten des andern begründet, sondern ein Vermögen

1) S. 200 ff, BGE 66 II 8.

2) So offenbar auch Kappeler 37.

3) Beispiel: Wird nach Aufhebung der Gütergemeinschaft von Mannesgläubigern, die ihre Forderungsrechte erst nach dem Güterstandswechsel erworben haben, noch nicht liquidiertes Gesamtgut gepfändet, so kann die Ehefrau auf Grund einer nicht eingetragenen Teilungsvereinbarung keinen grösseren Anteil am Gemeinschaftsvermögen beanspruchen, als ihr nach früherem externem Gütergemeinschaftsvertrag zustand. - Der Ehemann, der sich gestützt auf eine Vereinbarung, in welcher die Ehefrau auf einen Anteil am Vorschlag verzichtet hat, der Geltendmachung eines Vorschlagsanspruches durch die Frauengläubiger gemäss Art. 175 widersetzen will, ist abzuweisen, wenn der Ehevertrag nicht im Register eingetragen und publiziert ist. Ebenso wenn er Verrechnung einer gemäss Art. 175 gepfändeten Frauenguttersatzforderung mit Ansprüchen auf Rückschlagstragung aus einem nicht registrierten und publizierten Vertrag geltend machen will.

4) S. 150, 154.

5) VEB 6 Nr. 56, a.A. Bosshardt 46.

oder Vermögensteil als Ganzes einem besondern rechtlichen Regime unterstellt, wobei die einzelnen Vermögensrechte: unbeschränkte und beschränkte dingliche Rechte, Forderungen, Immaterialgüterrechte etc. nur als Bestandteile dieses Vermögens oder Sondervermögens von den speziellen güterrechtlichen Regeln erfasst werden.

Die Wirkung der Güterstände und der Güterstandsänderung auf die Eigentumsverhältnisse¹⁾ wird später noch eingehend erörtert werden²⁾. Sie soll hier lediglich kurz skizziert werden:

2. Bei Gütertrennung: Sie ist negativ dadurch gekennzeichnet, dass das beidseitig vorhandene Vermögen der Ehegatten keinerlei besondern güterrechtlichen Normen unterworfen ist³⁾. Jeder Ehegatte behält sein Vermögen in seiner Verwaltung, Nutzung und unbeschränkten Verfügungsmacht. Davon macht auch Art. 242 keine Ausnahme, indem er nur eine Vermutung begründet, nicht aber ein unmittelbar dinglich wirkendes Nutzungsrecht analog Art. 201 verleiht. Soweit sich aus der ehemännlichen Verwaltung Änderungen im Vermögensbestand ergeben, beruhen sie auf den allgemeinen sachen- und obligationenrechtlichen Normen (Vermischung von Bargeld, Wertpapieren in offenem Depot etc.). Nicht ein Ausfluss des Güterrechts, sondern eine Wirkung der Ehe im allgemeinen ist es ferner, wenn die Ehefrau im Rahmen der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft über Mannesvermögen disponiert⁴⁾. Für den grundbuchlichen Verkehr ergeben sich daraus ohnehin keine Besonderheiten, da grundbuchliche Verfügungen regelmässig über die Schlüsselgewalt hinausgehen. Will aber die Ehefrau eine erweiterte Vertretungsbefugnis in Anspruch nehmen (Art. 166), so hat sie sich hierüber auszuweisen, wozu im grundbuchlichen Verkehr nur eine schriftliche Vollmacht des Ehemannes genügt.

Dementsprechend ist die Gütertrennung ohne jeden Einfluss auf die im Grundbuch verlaublichen Rechtsverhältnisse. Gleiches gilt bei allen andern Güterständen für das Sondergut, indem es den Regeln der Gütertrennung untersteht, Art. 192 Abs. 1. Weil aber jede Ehefrau als in Güterverbindung lebend vermutet wird⁵⁾ und dort die Vermutung zugunsten des Eingebrauchten spricht, über welches sie nur mit Zustimmung des Ehemannes disponieren kann, hat sie sich darüber auszuweisen, dass Gütertrennung besteht oder der Gegen-

1) Wir beschränken uns in dieser Arbeit auf die Betrachtung der Verhältnisse an Liegenschaften und Fahrnis, während das Schicksal von Forderungen und Immaterialgüterrechten nur gelegentlich gestreift werden wird. Sie folgen im Prinzip den gleichen Regeln wie die dinglichen Rechte, doch können sich Abweichungen aus der besondern Natur des Rechtsverhältnisses (z.B. bei der Uebertragung von Namenaktien) ergeben.

2) S. 140.

3) Es kann daher nur im Gegensatz zu Güterverbindung und Gütergemeinschaft von einem "Güterstand" der Gütertrennung gesprochen werden.

4) S. 4.

stand der Verfügung zu ihrem Sondergut gehört.

Ist eine Dos bestellt, zu welcher Liegenschaften oder Grundpfandtitel gehören, so gilt für dieselbe nach Ehevertrag das Recht der Güterverbindung (einschliesslich Art. 199) oder Gütergemeinschaft, Art. 247, und gelangen die entsprechenden Regeln zur Anwendung.

3. Bei Güterverbindung. Auch die Güterverbindung lässt die Zuständigkeit über die bei Eintritt dieses Güterstandes im Grundbuch verlaublichen Rechte der beiden Ehegatten unberührt¹⁾. Indessen gelangt das eingebrachte Frauengut in die Verwaltung und Nutzung des Mannes und ist der Ehefrau zum Schutze dieser ehemännlichen Rechte die freie Verfügung über ihr Eingetragenes entzogen, Art. 202, 203. Nach der einen Auffassung²⁾ entbehrt sie ausserhalb ihrer Befugnis zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft gänzlich der Verfügungsmacht, sodass - allerdings mit ihrer Zustimmung, Art. 202 - die Verfügungen vom Manne auszugehen haben. Nach der wohl zutreffenden herrschenden Ansicht ist auch die Ehefrau mit Einwilligung des Mannes zu Verfügungen befugt³⁾, sodass beide Ehegatten mit Einwilligung des andern über Rechte an Grundstücken disponieren können.

Grundbuchlich von Bedeutung sind ferner diejenigen Vorschriften des Güterstandes, die die Zugehörigkeit eines nachträglichen Vermögenserwerbs zum eingebrachten Gut oder einem andern ehelichen Gut bestimmen, Art. 195 Abs. 2, 196 Abs. 2 (Surrogations- und Remploiprinzip⁴⁾).

4. Bei Gütereinheit. Besteht bei der Güterverbindung schon auf Grund von Art. 201 Abs. 3 eine partielle gesetzliche Gütereinheit⁵⁾, so kann dieselbe durch Vertrag beliebig erweitert werden und auch Liegenschaften umfassen. Wesentlich ist, dass der Uebergang des Frauengutes ins Manneseigentum im Gegensatz zur altrechtlichen bernischen Gütereinheit nur auf Grund eines detaillierten Inventars (Art. 197, 198) erfolgt und nur im Zeitpunkt der Inventarisierung vorhandenes, nicht aber auch zukünftiges Vermögen der Ehefrau betreffen kann. Das zukünftig anfallende Vermögen steht unter Güterverbindung, sofern es nicht innert sechs Monaten nach der Ein-

1) Für Fahrnis schafft Art. 201 Abs. 3 eine wirtschaftlich unter Umständen sehr bedeutsame Ausnahme. Unter diese Bestimmung fallen auch in Serien ausgegebene Gülden und Schuldbriefe, Art. 876, da sie bei der Gleichartigkeit der Stücke durch die Nummerierung allein nicht individualisiert werden, BGE 43 II 471, 57 II 450. Dagegen sind einzeln oder in kleiner Zahl auf eine bestimmte Pfandstelle errichtete Inhaberschuldbriefe keine vertretbaren Wertpapiere, BGE 41 II 11.

2) Ostertag, Exk. zu Art. 965 N. 18, Homberger, Art. 965 N. 70.

3) Gmür, Art. 203 N. 13, Egger, Art. 203 N. 3, 4, Rossel 355, Bartholmès 159; vgl. hiezu auch den Entsch. d. Solothurn. Ob. Gerichts in ZBGR 22, 86 und die dort zit. Literatur.

4) Im einzelnen vgl. Genner, Das Surrogationsprinzip, Diss. Zürich 1932, und M. Eulau, Eigentumsänderungen unter Ehegatten, Diss. Basel 1941, insb. 53 ff. - Vgl. auch S. 24.

bringung durch ergänzenden Vertrag ebenfalls ins Manneseigentum übergeführt wird. Der Gütereinheitsvertrag entbehrt somit einer generellen, auch zukünftig anfallendes Vermögen erfassenden Wirkung¹⁾. Wohl aber kommt ihm unmittelbar dingliche Wirkung zu, sodass die ins Inventar aufgenommenen Vermögensrechte ins Manneseigentum übergehen, ohne dass es der sachenrechtlichen Uebertragung bedarf. Grundstücke werden unter Umgehung des Grundbuches Alleineigentum des Ehemannes²⁾.

Das übertragene Frauengut geht vorbehaltlos im Mannesvermögen auf; es bildet innerhalb desselben kein Sondervermögen, und es ist der Ehemann unbeschränkt verwaltungs-, nutzungs- und dispositionsberechtigt, ohne an die Zustimmung der Ehefrau gebunden zu sein.

5. Bei Gütergemeinschaft. Die allgemeine Gütergemeinschaft vereinigt das gesamte Vermögen der Ehegatten, soweit es nicht gesetzliches Sondergut ist (Art. 191)³⁾, zum Gesamtgut im Gesamteigentum der Ehegatten. Es tritt nicht ein vollständiger Subjektswechsel, als vielmehr eine Subjektsvermehrung ein⁴⁾. Jeder Ehegatte behält das Eigentum an seinen Einbringungen und erlangt zugleich Eigentum am Vermögen des andern, wird aber in der Ausübung seiner Rechte durch die Mitberechtigung des andern beschränkt. Dementsprechend können die Ehegatten nur gemeinsam oder jeder nur mit Zustimmung des andern verfügen, Art. 217, sofern es sich nicht um die blosse Verwaltung handelt oder die Verfügung nicht durch die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft seitens der Ehefrau gerechtfertigt

1) Es wird deshalb in der Literatur der neurechtlichen Gütereinheit des Art. 199 verschiedentlich der Charakter eines Güterstandes sui generis abgesprochen und sie als blosse Modifikation der Güterverbindung betrachtet. Bächler ZBJV 63, 298, M. Eulau 137 ff., Billinger 58, Egger, Art. 199 N. 2, Gmür, Art. 199 N. 1. Zur Klassifizierung der Gütereinheit vgl. auch Huber, Referat, 495/96. Es ist einerseits eine Frage der Umschreibung des Begriffs des Güterstandes und andererseits eine solche der Gesetzestechnik, ob ein Güterstand allseitig selbständig normiert oder, soweit dies sachlich angängig erscheint, durch blosse Verweisungen auf einen andern Güterstand für alle nicht ausdrücklich gelösten Fragen geordnet wird. Aus letzterem Verfahren, das durchaus der Tendenz des Gesetzes zur Wesentlichkeit und Kürze entspricht, kann noch nicht geschlossen werden, dass es sich nicht um eine selbständige, typische Gestaltung güterrechtlicher Beziehungen, um einen besondern Güterrechtstypus handelt. Der Begriff des Güterstandes ist kein Rechtswesensbegriff, wie auch mit Ausnahme der Gütertrennung keiner der Güterrechtstypen rein verwirklicht ist, sondern jeder Güterstand Elemente eines gegensätzlichen Prinzips enthält, insbesondere durch die Existenz gesetzlichen Sonderguts. Für unser Recht kommt dieser Frage auch nur eine rein theoretische, nicht aber praktische Bedeutung zu, da das Gesetz nirgends auf einen Begriff des Güterstandes, etwa im Gegensatz zu demjenigen der Güterstandsmodifikation, abstellt. Vgl. hiezu S. 103.

2) Hiezu Weiss 58 ff.

3) Streng genommen ist daher die allgemeine Gütergemeinschaft des Gesetzes, Art. 215, immer nur eine beschränkte. Sie ist nur insoweit allgemein, als alles Vermögen, das nicht gesetzliches Sondergut ist, zum Gesamtgut gehört.

4) Weiss 58.

wird¹⁾.

Die Gütergemeinschaft kann einerseits durch die Bestellung von vertraglichem Sondergut und andererseits durch Vereinbarung beschränkter Gütergemeinschaft eingeschränkt werden. Was bei letzterer nicht zum Gesamtgut gehört, kann durch Vertrag Güterverbindungsrecht unterstellt werden²⁾, andernfalls hiefür Gütertrennungsrecht gilt, Art. 237 Abs. 2, 238. Dabei kann die Beschränkung des Gemeinschaftsgutes nach zwei verschiedenen Methoden erfolgen: durch Bezeichnung derjenigen Werte, die ins Gesamtgut fallen sollen (mit dem Ergebnis, dass alle nicht genannten Vermögensbestandteile ausserhalb desselben bleiben, Enumerationsmethode) oder durch konkrete oder generelle Bestimmung³⁾ jener Güter, die vom Gesamtgut ausgeschlossen sein sollen (sodass alles, was nicht unter diesen Ausnahmen genannt ist, ins Gesamtgut fällt; beschränkte Generalklausel mit negativer Enumeration⁴⁾). Die im konkreten Fall gewählte Ausscheidungsregel bestimmt neben dem Surrogations- und Remploiprinzip das Schicksal des zukünftig anfallenden Vermögens.

b) Der Einfluss des Güterstandes und der Güterstandsänderung auf das Grundbuch.

Die güterständliche Gliederung der Vermögen der Ehegatten in Sondervermögen mit besonderer Gestaltung der Eigentums-, Verwaltungs-, Nutzungs- und Dispositionsrechte ergreift sowohl das vorhandene als auch alles später, während der Ehe, anfallende Vermögen.

Bezüglich des vorhandenen Vermögens wirkt sie sich dahin aus, dass bei erstmaliger Unterwerfung eines Vermögens unter güterrechtliche Normen (durch Eheschliessung, Aufgabe der gemäss Art. 182 Abs. 2 begründeten Gütertrennung) oder bei Wechsel des Güterstandes während der Ehe die dem geltenden Güterstand entsprechenden Verhältnisse als unmittelbar gesetzliche Wirkung der Güterstands begründung oder -Aenderung geschaffen werden, intern mit Abschluss des Ehevertrages

1) S. 4.

2) Unter Vorbehalt der Regeln der Gütertrennung für das Sondergut. Gehören zum Einhandsgut der Ehefrau unter Güterverbindung Bargeld und nicht individualisierte Inhaberpapiere, so greift ausserdem Art. 201 Abs. 3 Platz, sodass vier verschiedene güterrechtliche Prinzipien zur Anwendung gelangen.

3) Gmür, Art. 237 N. 10, Egger Art. 237/238 N. 3.

4) Wortlaut des Art. 237 Abs. 1 im Gegensatz zu Art. 239 Abs. 1. Je nach der angewandten Methode ergibt sich eine Vermutung zugunsten des Gesamtgutes oder des Einhandsgutes der Ehegatten. a.A. Egger, Art. 237/238 N. 3, Gmür, Art. 237 N. 14, die beide in jedem Fall eine Präsumption zugunsten des Gesamtgutes annehmen. Massgebend ist u.E. in erster Linie der Vertrag, und erst wenn diesem keine Regel entnommen werden kann, gelangt auf Grund des Gemeinschaftsgedankens (Art. 215 Abs. 3 ist eine Beweis-, nicht eine Zuteilungsregel a.A. Egger, Art. 215 N. 8) das Gesamtgut zum Zuge.-

oder mit dem Eintritt des einen Wechsel bedingenden Ereignisses, extern mit der Publikation der rechtsändernden Tatsache, Art. 248. Eine Rechtsübertragung in den Formen des Sachen- und Obligationenrechts (Zession, Indossament, Tradition) ist nicht erforderlich. Eigentumsänderungen erfolgen unter Umgehung des Grundbuches¹⁾, ein in Art. 656 nicht genannter Fall ausserbuchlichen Erwerbs. Der Erwerber ist sofort dinglich berechtigt, kann aber erst nach erfolgtem Eintrag grundbuchlich verfügen, Art. 656 Abs. 2.

Bei Vermögensanfall während der Ehe (entgeltlicher, unentgeltlicher Erwerb unter Lebenden, Zahlung und Vermögensübernahme an Zahlungsstatt, Erbgang), sei es von Dritten oder vom andern Ehegatten, genügt es, dass nach gemeinem Recht der Erwerbstatbestand in der Person eines Ehegatten erfüllt ist, um die güterrechtlichen Regeln wirksam werden zu lassen. Mit Erfüllung des Erwerbstatbestandes gerät der Erwerb in den Wirkungskreis der speziellen güterrechtlichen Normen und wird er nach den Zuteilungsregeln des Güterstandes dem einen oder andern Vermögen oder Sondervermögen zugewiesen²⁾, ohne dass es einer besondern Uebertragung bedarf, auch hier kraft unmittelbar gesetzlicher Wirkung des Güterstandes. Es fällt dadurch möglicherweise der Erwerb von vornherein in ein anderes Vermögen als dasjenige, dem es nach gemeinem Recht zukommen würde. So wird bei Gütergemeinschaft, sofern nicht die Voraussetzungen eines Erwerbs zu Sondergut oder Einhandsgut bei beschränkter Gütergemeinschaft gegeben sind, eine Liegenschaft Gesamtgut, selbst wenn einer der Ehegatten allein als Erwerber abgeschlossen und im Grundbuch eingetragen wird³⁾. Aus Mitteln des Frauengutes erworbene Rechte werden bei Güterverbindung wieder Frauengut, selbst wenn der Ehemann auf seinen eigenen Namen kontrahiert (Surrogationsprinzip)⁴⁾. Ohne Rücksicht auf die Herkunft der Mittel wird eingebrachtes Gut der Ehefrau, was zum Ersatz ihr gehörender Vermögenswerte des eingebrachten Gutes angeschafft wird (Remploiprinzip, Art. 196 Abs. 2)⁵⁾. Der formgültige Erwerb

1) Leemann, Art. 656 N. 23, Art. 652 N. 9, 25; Haab, Art. 652-54, 2, 31, Art. 656 N. 37; Ostertag, Exk. N. 11, Art. 971 N. 14, 15; Weiss 31/32, 63, 66, 76.

2) "Es muss ein Tatbestand vorliegen, wie ihn das allgemeine Vermögensrecht für den Erwerb des Gegenstandes entweder durch den Mann allein oder durch die Frau allein oder durch beide zusammen erfordert ... In dem Zeitpunkt aber, in dem der Erwerbstatbestand nach allgemeinem Vermögensrecht erfüllt ist ..., tritt dann die Eigentumsänderung kraft ehelichen Güterrechts ein". M. Eulau S. 8, ebenso Weiss 67.

3) Weiss 66 und ff., M. Eulau 161 ff.

4) BGE 52 II 10/11 betr. die Surrogation bei Fahrnis. Voraussetzung ist, dass der Ehemann nicht zu eigenem Recht erwerben will. Ist dies der Fall, so erwirbt er Eigentum und es erwächst der Ehefrau eine Ersatzforderung, Art. 209 Abs. 1. Bei der Gütergemeinschaft tritt auch gegen den Willen des Mannes Gesamthandsberechtigung ein. Weiss 68.

5) Nach M. Eulau 59 und BGE 65 II 109 ist bei formbedürftigen Erwerbsgeschäften die Einhaltung der Form erforderlich, um seitens des Mannes erfolgte Ersatzanschaffungen auf

nach allgemeinem Vermögensrecht - bei Liegenschaften der Grundbucheintrag - ist in jedem Fall Voraussetzung einer güterrechtlichen Wirkung, vermag aber, wo er nicht von Anfang an der güterrechtlichen Rechtslage entspricht, dem nach Güterrecht nicht berechtigten Erwerber das Recht nicht zu verschaffen, wohl aber die Entstehung des Rechts in der Person des güterrechtlich Berechtigten zu vermitteln. Der güterrechtliche Erwerb erfolgt somit auch bei nachträglichem Vermögensanfall aussergrundbuchlich.

c) Die Berichtigung des Grundbuches.

Das Gesetz überlässt es nicht den Ehegatten allein, die Uebereinstimmung der Eintragungen im Grundbuch mit der durch das eheliche Güterrecht geänderten Rechtslage herbeizuführen. Aenderungen am Grundeigentum sind von Amtes wegen im Grundbuch einzutragen, Art. 665 Abs. 3¹⁾. Der Güterrechtsregisterführer ist zu diesem Zweck berechtigt und verpflichtet, von den Ehegatten ein Verzeichnis der Grundstücke zu verlangen, sobald ein Ehevertrag oder eine richterliche Verfügung²⁾ Aenderungen am Grundeigentum zur Folge haben können. Die Aenderungen sind dem Grundbuchführer mitzuteilen, Art. 26 GRVO..

Für die Eintragungen im Grundbuch ist der externe Güterstand massgebend, da das Grundbuch die für Dritte wirksamen Rechtsverhältnisse zum Ausdruck zu bringen hat³⁾.

Durch dieses amtliche Berichtigungsverfahren ist indessen die Uebereinstimmung des Grundbuches mit den güterrechtlichen Verhältnissen nur beschränkt gewährleistet. Diskrepanzen können sich ergeben durch unvollständige Angabe der Grundstücke seitens der Ehegatten, unvollständige oder unrichtige Uebermittlung seitens des Registerführers an den Grund-

die Ehefrau zu übertragen. - Das Gesetz knüpft jedoch den Eigentumserwerb der Ehefrau an die objektive Voraussetzung der Eignung des erworbenen Objekts zum Ersatz und an die subjektive der Willensübereinstimmung der Ehegatten, den Erwerb als Ersatz zu betrachten, wobei diese Uebereinkunft vermutet wird. Für diese Willenseinigung güterrechtlicher Natur ist eine bestimmte Form nicht verlangt, Egger, Art. 179 N. 6. Allerdings wird die Vermutung zerstört, wo der Ehemann unter Einhaltung einer Form wie Indossament, Grundbucheintrag auf seinen Namen erwirbt, BGE 58 II 334, Kappeler 23 Anm. 24. Das schliesst aber die Ersatz Eigenschaft (objektive und subjektive) und den güterrechtlich bedingten Eigentumsübergang nicht aus. Vgl. zu den Voraussetzungen aussergrundbuchlichen Eigentumserwerbs A. Gloor, Der aussergrundbuchl. Erwerb, Diss. Zürich 1929, S. 16.

1) Amtliches Berichtigungsverfahren. Vgl. im einzelnen Weiss 77 ff.

2) Die GRVO sieht die amtliche Berichtigung allerdings nur beim Ehevertrag, Art. 14 in Verb. m. Art. 12 GRVO, vor, nicht auch in Art. 17. Sie ergibt sich indessen aus Art. 665 Abs. 3 ZGB und Art. 26 GRVO, sodass Art. 14 auf Art. 17 analog anzuwenden ist. Ebenso Weiss 79.

3) Für das intertemporale Recht Mutzner, Art. 9 SchlT N. 130, Guhl, MBVR 10, 301, Schorer, ZBJV 47, 13, Blumenstein ZBJV 48, 272, Bern. Reg. Rat. in MBVR 12, 411. Für das internationale Privatrecht BGE 24 I 403, ZBJV 32, 371.

buchverwalter, unrichtige Eintragung im Grundbuch. Sodann erfasst dieses Verfahren nur die Aenderungen infolge einer publizierten Güterstandsänderung, nicht aber die güterrechtlich bedingten Eigentumsverschiebungen bei nachträglichem Erwerb von einem Dritten oder vom andern Ehegatten. Die Prüfungspflicht des Grundbuchführers erstreckt sich auf die Verfügungsberechtigung des Veräusserers und die Gültigkeit des Erwerbsgrundes, bei Vertrag auf die Handlungsfähigkeit des Erwerbers, Art. 965 ZGB, Art. 15, 18 GBVO. Da jeder Ehegatte unter jedem Güterstand voll handlungsfähig ist, besteht aus diesem Gesichtspunkt keine Veranlassung, die güterrechtliche Stellung des Erwerbers abzuklären¹⁾. Zudem handelt es sich im Geltungsbereich des Surrogations- und Remploiprinzips um die Feststellung tatsächlich und rechtlich nicht einfacher Verhältnisse, sodass sie dem Grundbuchführer auch gar nicht zugemutet werden kann. Es wird daher, wenn der Erwerber trotz Einwendungen des Grundbuchführers auf der Eintragung besteht, einem solchen Begehren stattgegeben und die allfällige Berichtigung des Grundbuches den Beteiligten überlassen werden müssen²⁾. Trotz des amtlichen Berichtigungsverfahrens besteht somit keine Gewähr, dass das Grundbuch den nach ehelichem Güterrecht materiell Berechtigten ausweist.

Schliesslich verlautbart das Grundbuch nur den Eigentümer, nicht aber den nach Güterrecht Verfügungsberechtigten. Das Grundbuch ist auf den Normalfall zugeschnitten, dass das Eigentum die unbeschränkte Verfügungsmacht in sich schliesst. Nur in besondern vom Gesetz erwähnten Fällen ist die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung zugelassen, wobei diejenigen des ehelichen Güterrechts nicht genannt werden, Art. 960. Ebensowenig ist eine Anmerkung des Güterstandes des eingetragenen Eigentümers vorgesehen³⁾.

d) Folgen von Divergenzen zwischen Güterstand und Grundbuch.

Der Grundbuchführer hat bei der Anmeldung grundbuchlicher Verfügungen die Verfügungsberechtigung von Amtes wegen zu prüfen, Art. 15 Abs. 1 GBVO. Gemäss dem Wortlaut des Gesetzes wird der Nachweis über das Verfügungsrecht dadurch erbracht, dass sich der Antragsteller als die "nach Massgabe des Grundbuches" verfügbare Person ausweist, Art. 965 Abs. 2, oder nach der Ausdrucksweise von Art. 15 Abs. 2 GBVO nachweist, dass er mit dem eingetragenen Eigentümer identisch ist. Die Prüfung hat sich somit grundsätzlich nur auf die aus dem Grundbucheintrag

1) Anders Eidg. Just. u. Pol. Dep. und BR in ZBGR 7, 269, 272 ff., 327 ff. Vgl. auch Homberger, Art. 965 N. 68.

2) Ebenso Weiss 87, mit Ausnahme bei eingetragener allgemeiner Gütergemeinschaft.

3) Eine Ausnahme besteht nur bei der Gütergemeinschaft, indem bei der Eintragung von Gesamteigentum das Gesamthandsberechtigung begründende Gemeinschaftsverhältnis anzugeben ist, Art. 33 Abs. 3 GBVO.

und den Belegen hiezu erkennbaren Verhältnisse zu erstrecken. Eine Pflicht, in jedem Fall einen Ausweis über den Güterstand zu verlangen oder gar von Amtes wegen beim Güterrechtsregister einzuholen, besteht nicht¹⁾. Der Grundbuchführer ist im Interesse der Vermeidung materiell ungerechtfertigter Eintragungen hiezu berechtigt, aber nicht generell verpflichtet. Eine Pflicht besteht nur dort, wo sich begründete Zweifel in die Verfügungsbeziehung des Eingetragenen erheben²⁾. Das ist im Hinblick auf die subsidiäre Geltung der Güterverbindung immer dann der Fall, wenn eine verheiratete Frau als Alleineigentümerin eingetragen ist und die Ehefrau oder der Mann einseitig verfügen will. Die verheiratete Frau ist als unter dem ordentlichen Güterstand lebend anzusehen³⁾, wobei die Vermutung zugunsten von eingebrachtem Gut spricht, über welches sie nur mit Einwilligung des Ehemannes verfügen kann. Sie hat sich daher darüber auszuweisen, entweder dass der Ehemann seine Zustimmung erteilt hat oder ihr eine erweiterte Vertretungsbefugnis (Art. 166) zusteht, oder dass die Liegenschaft zu ihrem Sondergut gehört oder Gütertrennung besteht, allgemein oder, bei beschränkter Gütergemeinschaft (Art. 237 Abs. 2), bezüglich des Objektes der Verfügung. Umgekehrt hat bei eingetragenen Eigentum der Frau der verfügende Ehemann, sobald es um mehr als eine blossе Verwaltungshandlung geht, die Zustimmung der Ehefrau beizubringen⁴⁾ oder darzutun, dass ihm durch registrierten Ehevertrag oder aus andern güterrechtlichen Gründen das Alleineigentum an der Liegenschaft zusteht⁵⁾. Indem somit, solange keiner der Ehegatten ein alleiniges Verfügungsrecht an einer als Alleineigentum der Ehefrau eingetragenen Liegenschaft nachgewiesen hat, jeder nur mit Zustimmung des andern disponieren kann, ist dafür Sorge getragen, dass eine Verfügung nicht ohne Mitwirkung des materiell Berechtigten erfolgen kann, selbst wenn der Eintrag unrichtig sein sollte. Ist die Liegenschaft entgegen der Auffassung der Ehegatten oder des Grundbuchführers Sondergut oder Gütertrennungsgut, so schadet die überflüssigerweise eingeholte Zustimmung des Ehemannes dem Erwerb nicht. Besteht in Wirklichkeit an der Liegenschaft Gesamteigentum, so sind auch nach Gütergemeinschaftsrecht die Voraussetzungen für eine gültige Verfügung erfüllt,

1) BR in SJZ 9, 227 = ZBGR 9, 50; bern. Reg. Rat in MBVR 11, 169 = ZBGR 20, 80; Jenny, Das Legalitätsprinzip im schweiz. Grundbuchrecht, ZBGR 11, 198; a.A. Weiss 98 und scheinbar Volkart, ZBGR 7, 271.

2) Jenny, a.a. O., 238, Auer, Die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters, Diss. Zürich 1932, 101.

3) Ostertag, Exk. N. 2, Weiss 113, BGE 65 I 31, Ganzoni 119.

4) Sie ist in der Regel schon bei der Anmeldung vorzulegen. Da jedoch Art. 202 keine Frist setzt, ist auch eine nachträgliche Genehmigung nach bereits erfolgtem Eintrag genügend; BGE 59 II 10. - Ebensowenig verlangen Art. 202 und 217 für die Zustimmungserklärung eine bestimmte Form. Aus Art. 963 und 964 Abs. 1 ergibt sich im grundbuchlichen Verkehr das Erfordernis der Schriftlichkeit. Weiss 102.

5) In diesem Fall ist nach Art. 656 Abs. 2 das Grundbuch vorgängig zu berichtigen.

Art. 217 Abs. 1. Ist die Liegenschaft in Tat und Wahrheit Alleineigentum des Mannes, so ist die Einwilligung in eine Verfügung der Frau als Vollmachterteilung auszulegen¹⁾, während die zur Verfügung des Mannes gegebene Zustimmung der Frau rechtlich bedeutungslos ist. Der Erwerber ist beim Erwerb einer auf den Namen der Ehefrau eingetragenen Liegenschaft von der Ehefrau mit Einwilligung des Mannes oder vom Manne mit Einwilligung der Ehefrau in jedem Fall geschützt.

Aehnlich verhält es sich, wenn unrichtigerweise Gesamteigentum eingetragen ist, obwohl die Liegenschaft nach ehelichem Güterrecht im Alleineigentum eines Gatten steht. Indem nach Sachenrecht die Gesamteigentümer nur gemeinsam, nach Güterrecht jeder Ehegatte nur mit Zustimmung des andern verfügen können (Art. 653 Abs. 2, 217 Abs. 1), hat der materiell Berechtigte in jedem Fall mitzuwirken. Wäre entgegen dem Eintrag die Mitwirkung des einen oder andern Ehegatten entbehrlich gewesen, so vermag sie die Gültigkeit der Verfügung nicht zu beeinträchtigen.

Die Möglichkeit einer Verfügung eines materiell nicht Berechtigten besteht tatsächlich nur dort, wo der Ehemann fälschlicherweise als Alleineigentümer eingetragen ist, obwohl güterrechtlich die Liegenschaft Alleineigentum der Ehefrau oder Gesamteigentum ist, weil der Ehemann nur ausnahmsweise - bei Gütergemeinschaft - an die Zustimmung der Ehefrau gebunden ist und selbst dort die Zustimmung präsumiert wird, solange das disponible Recht als nicht zum Gesamtgut gehörig erkennbar ist, Art. 217 Abs. 2. Hier fragt es sich, ob der Dritte, der sich gutgläubig auf den Grundbucheintrag verlässt, nach Sachenrecht (Art. 973) in seinem Erwerb vom Nicht- oder nicht allein Berechtigten zu schützen ist, oder ob das Güterrecht den sachenrechtlichen Vertrauensschutz ausschliesst. Die Frage ist umstritten. Im ersteren Sinne haben sich ausgesprochen Guhl, MBVR 10, 300, Ganzoni 117, Wieland, Art. 974 Anm. 8a, Haab, Art. 652/54 N. 31, Homberger, Art. 965 N. 64, letzterer mit der Einschränkung, dass der Güterrechtsregistereintrag in hohem Masse geeignet sei, den guten Glauben zu erschüttern, sodass er nur dort anerkannt werden könne, wo besondere Gründe vorgelegen hätten, von der Nachprüfung des Güterrechtsregisters abzusehen - womit tatsächlich der gute Glaube eben doch in der Regel verneint werden müsste und das Güterrecht, nicht der Grundbucheintrag entscheidet. Gegen die Anerkennung des guten Glaubens in einen zum verlautbarten Güterstand in Widerspruch stehenden Grundbucheintrag äussern sich Egger, Art. 248 N. 15 (im Gegensatz zu Art. 217 N. 6), Gmür, Art. 248 N. 69 (anders Art. 217 N. 22), Weiss 122 ff., 132, G. Müller 68, Zust 86, Billinger 105, Jenny, ZBGR 11, 237²⁾

1) Eine Anfechtung seitens des Mannes wegen Grundlagenirrtums, Art. 24 Ziff. 4 OR, ist nur unter ganz besonderen Umständen denkbar.

2) Das Bundesgericht hatte bisher keine Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern.

Unseres Erachtens besteht jedoch nicht ein Verhältnis des Gegensatzes, sondern der gegenseitigen Ergänzung. Besteht Güterverbindung oder Gütereinheit, so ist güterrechtlich der einseitig vom Ehemann Erwerbende geschützt, weil das Gesetz die Zustimmung der Ehefrau präsümiert, wenn der Gegenstand nicht als zum Frauengut gehörig erkennbar ist oder der Dritte nicht weiss oder wissen sollte, dass es sich um Frauengut handelt und die Zustimmung der Ehefrau fehlt, Art. 202 Abs. 2. Weiss es der Dritte oder könnte er nach den Umständen davon Kenntnis haben, so ist sowohl nach Güterrecht wie nach Sachenrecht der gute Glaube zerstört¹⁾. Ein Gegensatz besteht hier somit nicht. Was sodann die objektive Erkennbarkeit der Frauengutsqualität anbelangt, so spricht die güterrechtliche Vermutung bei Güterverbindung und Gütereinheit zugunsten des Manneseigentums und gegen Frauengut, Art. 195 Abs. 2, 196 Abs. 1, und dieser Vermutung entspricht der sachenrechtliche Tatbestand, d.h. der Grundbucheintrag. Diese Vermutung wird noch durch die Publikation von Gütereinheit verstärkt und auch nicht etwa durch die Eintragung vertraglichen Sondergutes der Ehefrau aufgehoben. Selbst wenn sich aus einem Eintrag von Gütereinheit oder vertraglichem Sondergut das Eigentum der Ehefrau feststellen liesse, was nur ganz ausnahmsweise der Fall sein dürfte, so vermöchte dies dem Erwerber nicht zu schaden, da die Publikation nur den Güterstand erwähnt, nicht aber solch spezielle Verhältnisse verlaublich, Art. 35 Abs. 2 GRVO. Wenn an sich die Publikation die unwiderlegliche Präsumption der Kenntnis des registrierten Güterstandes schafft, so darf doch diese Vermutung nicht zu Lasten des Verkehrs generell und extensiv dahin interpretiert werden, dass der Dritte auch mit der allgemeinen Ordnung des Güterstandes in Widerspruch stehende Details eines Eintrages zu kennen gehalten ist. Es muss genügen, dass ein Grundbucheintrag den Grundzügen des publizierten Güterstandes nicht widerspricht²⁾. Dann ist weder der Eintrag von Gütereinheit noch von vertraglichem Sondergut der Ehefrau geeignet, das Vertrauen in den Grundbucheintrag zu erschüttern. Es besteht nicht ein Gegensatz, sondern ein Verhältnis der Entsprechung, indem das eheliche Güterrecht mit

Aus dem Entscheid BGE 42 II 581 lässt sich immerhin die Auffassung herauslesen, der gute Glaube werde infolge der unwiderleglichen Präsumption der Kenntnis des eingetragenen Güterstandes ausgeschlossen.

1) Egger, Art. 3 N. 4: "Der gute Glaube besteht somit im schuldlosen Nichtkennen des Rechtsmangels. Darnach besteht die Bösgläubigkeit umgekehrt nicht nur im Kennen, sondern auch schon im Kennensollen des Rechtsmangels".

2) Vgl. auch Weiss 133: "Jedermann erkennbar ist eine Zugehörigkeit nicht dann, wenn ein gewiegter Jurist mit allen möglichen Hilfsmitteln sie feststellen kann, sondern dann, wenn sie auch dem Laien ohne weiteres ins Auge fällt. Der Wortlaut des Art. 217 Abs. 2 ist im guten Sinne populär gehalten, entsprechend dem Grundprinzip allen Verkehrsschutzes, gerichtet auf Einfachheit und Allgemeinverständlichkeit der diese Materie ordnenden Rechtsregeln ... Trägt man aber formell dem Laienverständnis Rücksicht, so darf man auch materiell davon nicht abgehen, d.h. man muss die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes nicht zu hoch schrauben und den Laien, der gewohnt ist, sich auf das Grundbuch verlassen zu dürfen, auf die Prüfung von Belegen, von Surrogationsregeln etc. verweisen".

seiner Präsump tion der Verfügungsbefugnis an den durch das Grundbuch vermittelten Rechtsschein anknüpft und den sachenrechtlichen Gutglaubensschutz seinerseits sanktioniert¹⁾.

Auch die Publikation beschränkter Gütergemeinschaft oder Gütergemeinschaft mit Sondergut ist u.E. nicht geeignet, den guten Glauben in das im Grundbuch eingetragene Alleineigentum des Ehemannes zu beseitigen. Die Publikation macht die Liegenschaft nicht für jedermann als zum Gesamtgut gehörig erkennbar, weil ja das Gesamtgut gerade als beschränkt bezeichnet und die Existenz von Einhandsgut publik gemacht wird. Gerade hier muss sich der Verkehr auf den Grundbucheintrag verlassen können, weil die Kenntnis der Details des Ehevertrages über die Ausscheidung des Gemeinschafts- und Einhandsguts mit Einschluss der Ersatz- und Surrogationsregeln nicht zugemutet werden kann. Die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs ergibt sich bei Zugehörigkeit des Objekts zum Gesamtgut aus Art. 217 Abs. 2, bei Zugehörigkeit zum Einhandsgut der Ehefrau unter Güterverbindungsrecht (Art. 238) aus Art. 202 Abs. 2, unter Gütertrennungsrecht (Art. 237 Abs. 2) aus Art. 973²⁾.

Somit wäre letzten Endes nur der Eintrag allgemeiner Gütergemeinschaft geeignet, den guten Glauben in das Alleineigentum und die alleinige Verfügungsberechtigung des als Eigentümer eingetragenen Ehemannes zu erschüttern, weil alles Vermögen als zum Gesamtgut gehörig vermutet wird, Art. 215; eine Vermutung, die nur durch den positiven Nachweis, dass ein Objekt Sondergut ist, umgestossen werden kann. Indem jedoch das Gesetz gerade bei allgemeiner Gütergemeinschaft die Präsump tion der Zustimmung des andern Ehegatten an die Voraussetzung der Nichterkennbarkeit der Gesamtgutsqualität knüpft, lässt es deutlich erkennen, dass die Erkennbarkeit nicht schon durch die Publikation der Gütergemeinschaft begründet wird, wäre doch sonst Art. 217 Abs. 2 bei allgemeiner Gütergemeinschaft gegenstandslos³⁾. Die Gesamtgutseigenschaft muss am Objekt selbst erkennbar sein, wobei hier der Grundbucheintrag dieser Bedingung entgegensteht. Nur wer nachweisbar auf Grund des Güterrechts- oder Handelsregisters vom Bestehen allgemeiner Gütergemeinschaft Kenntnis hat, ist gehalten, zu wissen, dass alles Vermögen mit Ausnahme des Sondergutes zum Gesamtgut gehört und der Ehemann zur Verfügung der Einwilligung der Ehefrau bedarf. Nur in diesem Fall ist sowohl nach Güterrecht wie nach Sachenrecht der gute Glaube zerstört. Ohne dieses tatsächliche Wissen ist der Dritte, der sich auf den Grundbucheintrag verlässt, zu schützen⁴⁾. Somit steht auch hier das Ehegüterrecht nicht im Gegensatz

1) Im Resultat gleich: Weiss 126.

2) Weiss 132, G. Müller 67, 68.

3) Vgl. auch S. 35.

4) Wie hier Egger, Art. 217 N. 6, 215 N. 7; Gmür, Art. 217 N. 22; Ostertag, Exk. N. 11, 32, 40. 45.

zum Sachenrecht, sondern machtden durch den Grundbucheintrag bewirkten Rechtsschein zur Grundlage der Präsumption der Verfügungsermächtigung der Ehefrau¹⁾.

Wir gelangen somit zu dem Ergebnis, dass zwar das eheliche Güterrecht die Zuständigkeit (nicht den Inhalt) dinglicher Rechte an Liegenschaften und die Verfügungsbefugnis darüber sehr weitgehend und unabhängig vom Grundbuch, mit unmittelbar dinglicher Wirkung umgestalten kann, dass aber, solange eine Anpassung des Grundbuches nicht erfolgt ist, Dritte sich auf den Grundbucheintrag verlassen können, solange sie von einem entgegenstehenden Eintrag im Güterrechtsregister nicht nachweisbar Kenntnis haben, unter Vorbehalt der allgemeinen Vermutung der Verfügungsbeschränkung der Ehefrau. Mit diesen Einschränkungen wird gegenüber den Wirkungen des ehelichen Güterrechts und der Güterstandsänderung das Vertrauen in den Grundbucheintrag geschützt.

1) Auch aus allgemeinen Erwägungen müsste man m.E. zum gleichen Resultat gelangen. Es kann nicht verkannt werden, dass die Vermutung der Kenntnis des eingetragenen und publizierten Güterstandes eben doch eine sehr weitgehende Fiktion ist, zumal die Publikation in der Regel kantonsweise und nur für im Handelsregister eingetragene Personen gesamtschweizerisch erfolgt. Wollte man sie auch gegenüber andern öffentlichen Registern, wie z.B. dem Grundbuch, das zudem im Gegensatz zum Güterrechtsregister mit öffentlichem Glauben ausgestattet ist (vgl. hiezu auch Guhl, MBVR 10, 301), aufrecht erhalten, so würde daraus eine erhebliche Erschwerung des Verkehrs resultieren; in der Mehrzahl und gerade im Regelfall der Eigentümereintragen wäre kein unbedingter Verlass auf das Grundbuch. Um sicher zu gehen, müsste - abgesehen von den wenigen Personen, die üblicherweise über die güterrechtlichen Verhältnisse zweier Ehegatten tatsächlich informiert sind - jedermann, der an einer auf den Ehemann als Alleineigentümer eingetragenen Liegenschaft Rechte erwerben will, sich im Güterrechtsregister über den Güterstand vergewissern (Guhl, a.a.O.). Es wäre dies umso grotesker, als sich das Gesetz selbst bemüht, durch die amtliche Berichtigung die Konkordanz zwischen Güterrecht und Grundbuch herzustellen (vgl. Ganzoni 118 u. Anmerkung 1, Wieland, Art. 974 Anm. 8a, Guhl, MBVR 10, 301). Wohl könnten ungerechtfertigte Eintragungen dadurch verhindert werden, dass der Grundbuchverwalter auch bei Verfügungen des Ehemannes ohne weiteres einen Ausweis über den Güterstand verlangen oder von Amtes wegen einholen würde, eine Lösung, die sowohl für die Grundbuchführer wie für die zur Auskunft verpflichteten Güterrechtsregisterführer eine starke Mehrbelastung bedeuten würde und in keinem Verhältnis zum praktischen Erfolg stände angesichts der geringen Zahl externer Gütergemeinschaften. Den praktischen Bedürfnissen entspricht nur eine Lösung, die die Wirkung der beiden Register so abgrenzt, dass vor den speziellen Eintragungen im Grundbuch die Publizitätswirkung des bezüglich der Rechte an Liegenschaften allgemeineren Güterrechtsregisters, d.h. die gesetzliche Vermutung der Kenntnis des eingetragenen Güterstandes (die überdies im Gesetz nirgends ausdrücklich festgelegt ist), zessiert. Dieses Resultat ergibt sich auch aus dem ausdrücklichen Erfordernis der objektiven Erkennbarkeit der Frauenguts- bzw. Gesamtgutsqualität in Art. 202 Abs. 2 und 217 Abs. 2 trotz der vom Gesetz vorgeschriebenen Publizität. - Schliesslich kann auch den Ehegatten, die ihre Güterordnung während der Ehe ändern, wohl zugemutet werden, ihre Besitzes- und grundbuchlichen Verhältnisse der neuen Rechtslage anzupassen und sich zu vergewissern, dass die Berichtigung vollständig und richtig erfolgt. Unterlassen sie dies, so tun sie es auf eigene Gefahr. Liegt die Güterstandsänderung während der Ehe im überwiegenden Interesse der Ehegatten, so darf die Gefahr unrichtiger Buchungen nicht auf den Verkehr abgewälzt werden.

e) Güterrechtsregister und Handelsregister.

Ganz anderer Natur als die Beziehungen zwischen Güterrechtsregister und Grundbuch sind diejenigen zwischen Güterrechtsregister und Handelsregister. Die Eintragungen im Güterrechtsregister berühren die im Handelsregister eingetragenen Verhältnisse nicht, sodass letztere auch von einem Wechsel des Güterstandes unabhängig sind. So ist die Ehefrau unter jedem Güterstand verpflichtungsfähig und haftet als Berufs- und Gewerbefrau unter jedem Güterstand mit ihrem ganzen Vermögen, Art. 207 Ziff. 3, 200 Ziff. 3, 243 Abs. 2. Ob sie ferner zur selbständigen Ausübung eines Berufes oder Gewerbes als Einzelinhaber einer Firma, Mitglied einer Kollektivgesellschaft, geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als Prokurist befugt ist, ist nicht eine Frage des ehelichen Güterrechts, sondern eine solche der Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 167. Der Güterstand ist nur mittelbar bedeutsam, weil er das haftbare Vermögen und damit die Kreditbasis einer im Handelsregister eingetragenen Person bestimmt und beeinflusst. Der Verkehr ist selbstverständlich an der Publizität dieser Verhältnisse interessiert, und das Registerrecht kommt diesem Bedürfnis entgegen, indem es die Aufnahme gegenseitiger Verweisungen in die beiden Register und die Publikation der vom Güterrechtsregisterführer an das Handelsregister gemeldeten Eintragungen im schweizerischen Handelsamtsblatt vorschreibt, Art. 25 GRVO, Art. 110, 111 und 112 HRVO. Dadurch ist bei den in Art. 25 GRVO/Art. 110 HRVO genannten Personen für eine erweiterte Publizität gesorgt.

Die "Vormerkung" im Handelsregister (Art. 110 Abs. 3, 111 HRVO) und die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt ist ein reines Akzessorium der Eintragung im Güterrechtsregister. Abgesehen davon, dass sie geeignet sind, dort, wo es im ehelichen Güterrecht auf den guten Glauben ankommt, denselben zu zerstören ¹⁾, entbehren sie jeder selbständigen rechtlichen Wirkung. Für Inhalt und Zeitpunkt der Begründung eines besondern güterrechtlichen Tatbestandes ist allein das Güterrechtsregister und die Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt massgebend. Der Eintrag im Handelsregister und die Publikation im Handelsamtsblatt vermögen gegenüber einem abweichenden Güterrechtsregistereintrag keine Rechte zu begründen. Ihre Bedeutung erschöpft sich somit in der erweiterten Information des Verkehrs.

1) Siehe S. 29/30 und 33 ff.

§ 4. Der Schutz des guten Glaubens im ehelichen Güterrecht.

Die Rechtsordnung schützt in bestimmten Fällen denjenigen, der auf einen durch äussere Umstände (Besitz, Registereintrag, Publikation) geschaffenen Rechtsschein vertraut und nicht weiss oder wissen sollte, dass diesem Schein die materielle Berechtigung nicht entspricht¹⁾. Der Schutz besteht darin, dass dem Vertrauenden bzw. schuldlos Irrenden trotz des Mangels in den Voraussetzungen das der Vorstellung, dem Rechtsschein entsprechende Recht auf Kosten des wahren Berechtigten verschafft wird oder besondere Ansprüche zu seiner Schadloshaltung verliehen werden²⁾.

Dieses Prinzip ist nichts dem ehelichen Güterrecht Eigentümliches. Es soll hier nur der Frage nachgegangen werden, welche Anwendung es im ehelichen Güterrecht und im Falle der Güterstandsänderung gefunden hat.

1. Für Dritte massgeblich ist allein der im Güterrechtsregister eingetragene oder - bei Fehlen eines Eintrags - der ordentliche gesetzliche Güterstand, Art. 178, Art. 248. Das Vertrauen auf einen dem Dritten anderweitig bekannten oder ihm von den Ehegatten mitgeteilten Güterstand wird nicht geschützt. Die Wirksamkeit einer vom ordentlichen Güterstand abweichenden Güterordnung für Dritte wird allein durch den Registereintrag und die Publikation vermittelt³⁾. Ein publizierter Registereintrag wird zugleich als allgemein bekannt vorausgesetzt, ohne Möglichkeit einer Widerlegung dieser gesetzlichen Vermutung⁴⁾. Es gibt keinen rechtlich relevanten guten Glauben in einen nicht eingetragenen Güterstand.

2. Der gute Glaube in den eingetragenen Güterstand, das Vertrauen in die Richtigkeit des Registereintrags wird nicht geschützt. Es fehlt dem Güterrechtsregister der öffentliche Glaube. Erweist sich ein Eintrag als ungerechtfertigt, so wird er ohne Rücksicht auf inzwischen erworbene Rechte Dritter gelöscht⁵⁾. Der Dritte hat höchstens einen Anspruch auf Ersatz des Schadens nach den allgemeinen Grundsätzen über die unerlaubten Handlungen. Die ungerechtfertigte Eintragung allein begründet keine Schadenersatzpflicht, auch wenn sich Dritte darauf verlassen haben⁶⁾.

1) G. Müller 7 ff., Egger, Art. 3 N. 1.

2) Egger, Art. 3 N. 2, Zust 8 ff.

3) S. 7 ff.

4) S. 14.

5) S. 15.

6) S. 16 Anm. 1. - Würde man die Ehegatten aus der alleinigen Tatsache der ungerechtfertigten Eintragung haften lassen, oder gar nach dem Vorschlage Gmürs, Art. 248 N. 36, eine dem Eintrag entsprechende Haftung annehmen, so würde die vom Gesetz als zu weitgehend abgelehnte positive Rechtskraftwirkung auf einem Umwege eingeführt. Sowohl für einen direkten Schadenersatzanspruch wie für eine eintragungsgemässe Haftung fehlt die positivrechtliche Grundlage, wobei de lege lata auch nicht von einer Lücke des Gesetzes gesprochen werden kann.

Sodann kann man sich bei der heutigen Registerpraxis in der Frage der Eintragung alt- und neurechtlicher gesetzlicher Gütertrennungen nicht einmal darauf verlassen, dass beim Schweigen des Registers die Ehegatten im gesetzlichen ordentlichen Güterstand der Güterverbindung leben. Gewiss ist dann nur, dass weder ein vertraglicher Güterstand noch richterliche Gütertrennung oder Gütertrennung auf Begehren eines Verlobten besteht.

Nur dort, wo ein legaler Eintrag noch nicht publiziert worden ist, ist das Vertrauen auf den Eintrag beachtlich, und können sich die Ehegatten nicht auf das Fehlen der Publikation berufen¹⁾. Mit dieser im Gesetz selbst nicht vorgesehenen Ausnahme anerkennt das schweizerische Recht keinen relevanten guten Glauben mit Bezug auf einen bestimmten Güterstand. Massgebend ist allein das materielle Recht.

3. Verfügt der Ehemann bei Güterverbindung über eingebrachtes Gut der Ehefrau, ohne deren Einwilligung zu besitzen, so ist der Dritte trotz dieses Mangels in seinem Erwerb geschützt, wenn der Gegenstand der Verfügung nicht als zum eingebrachten Frauengut gehörig erkennbar ist, oder sofern der Dritte nicht weiss oder wissen sollte, dass die Einwilligung fehlt, Art. 202 Abs. 2. Die analoge Bestimmung findet sich in Art. 217 Abs. 2 für die Gütergemeinschaft, mit dem Unterschied, dass hier der Vertrauensschutz sowohl gegenüber Verfügungen des Ehemannes als auch solchen der Ehefrau besteht.

Der Sinn dieser beiden Bestimmungen ergibt sich am zutreffendsten aus dem französischen Text: Das Gesetz präsumiert die Einwilligung der Ehefrau bzw. des andern Ehegatten zugunsten des Dritten²⁾. Es arbeitet im Interesse der Rechtsbeständigkeit der Verfügungen über eingebrachtes Frauengut und Gesamtgut mit einer Fiktion der erfolgten Zustimmung. Und zwar besteht diese Fiktion unter den folgenden Voraussetzungen:

- a) Objektive Nichterkennbarkeit der Frauenguts- bzw. Gesamtgutsqualität des Objektes der Verfügung. Solange die Frauenguts- oder Gesamtgutsqualität nicht für jedermann objektiv erkennbar ist, braucht sich der Dritte nicht um die Zustimmung der Ehefrau bzw. des andern Ehegatten zu kümmern, weil das Gesetz sie fingiert. Selbst wenn der Dritte positiv wissen sollte, dass sie fehlt (z.B. weil sie den Umständen nach gar nicht eingeholt werden kann), ist die Verfügung gültig, solange

1) S. 14.

2) Ce consentement est toutefois présumé au profit des tiers Der deutsche und italienische Text ist in seiner subjektiven Fassung (Dritte dürfen jedoch diese Einwilligung voraussetzen Il terzo può però presumere questo consenso ...) missverständlich. Es ist schwer zu sagen, unter welchen Umständen ein Nichtvorhandenes als gegeben angenommen werden kann, ohne dass man nicht zugleich weiss oder wissen sollte, dass es nicht vorhanden ist. Entweder liegt die Zustimmung vor, ausdrücklich oder konkludent, oder sie liegt nicht vor. Liegt sie nicht vor - und das weiss man oder sollte man wissen -, kann man sie nicht gutgläubig voraussetzen. Zu einer vernünftigen Auslegung führt nur die Annahme einer gesetzlichen Präsumtion.

er nur nicht weiss oder wissen könnte, dass es sich um Frauengut oder Gesamtgut handelt.

Die Erkennbarkeit der Frauengutseigenschaft bestimmt sich nach den dem Gegenstand der Verfügung anhaftenden äusserlichen Merkmalen: Ein Grundstück ist auf den Namen der Ehefrau oder beider Ehegatten im Grundbuch eingetragen; ein Schuldschein oder Schuldbrief lautet auf die Ehefrau als Gläubigerin; ein Wechsel ist auf eine Ehefrau indossiert; Wertpapiere und andere Fahrnisgegenstände (Bücher, Sammlungen) sind mit dem Namen der Ehefrau angeschrieben, Aussteuergegenstände mit ihren Initialen versehen¹⁾. Für die Güterverbindung und wohl auch die beschränkte Gütergemeinschaft unterliegt dies keinem Zweifel. Dagegen erhebt sich bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die bereits oben²⁾ berührte Frage, ob die Publikation allgemeiner Gütergemeinschaft, die jedermann zu kennen gehalten ist, in Verbindung mit der Präsomption zugunsten des Gesamtgutes ganz allgemein die Erkennbarkeit bezw. das Wissen oder Wissensollen, dass der verfügende Ehegatte der Einwilligung des andern bedarf und diese gegebenenfalls fehlt, vermittelt. Es wurde bereits festgestellt, dass bei dieser Auslegung die Erkennbarkeit bezw. das Wissensollen immer gegeben wäre und Art. 217 Abs. 2 neben Abs. 1 der rechtlichen Bedeutung entbehrte. Hierbei würde nicht auf eine äusserlich erkennbare Eigenschaft des einzelnen Vermögensstückes, sondern auf eine äusserlich nicht wahrnehmbare Rechtsbeziehung abgestellt. Ist aber bei Art. 202 für die Güterverbindung, wie allgemein anerkannt, die äusserliche Erkennbarkeit massgebend, so darf aus der übereinstimmenden Fassung der Art. 202 und 217 geschlossen werden, dass der Begriff der "Erkennbarkeit" in beiden Fällen der gleiche ist, sodass es auch für die Kenntnis der Gesamtgutsqualität unabhängig vom Registereintrag auf äusserliche, sinnlich wahrnehmbare Merkmale des Gegenstandes selbst ankommt³⁾. Dieses objektive Kriterium ist allein massgebend. Auf einen subjektiven guten Glauben wird, wenn die Erkennbarkeit objektiv gegeben ist, nicht Rücksicht genommen.

- b) Unverschuldete Unkenntnis der Frauenguts- bzw. Gesamtgutseigenschaft des Objekts der Verfügung. Das Gesetz spricht zwar vom Wissen oder Wissensollen, dass die Zustimmung der Ehefrau bzw. des andern Ehegatten fehlt. Das setzt voraus, dass der Dritte weiss oder wissen sollte, dass eine solche überhaupt erforderlich ist, d.h. der Gegenstand

1) Egger, Art. 202 N. 13, Gmür, Art. 202 N. 33, Huber, Erl. 195.

2) S. 30.

3) Vgl. auch Art. 230 und 247 des Vorentwurfs 1900: ... sofern die Vermögenswerte nicht für Jedermann erkennbar als der Frau (dem Gesamtgut) gehörig bezeichnet sind.

Im übrigen vgl. zur inhaltlichen Uebereinstimmung zwischen Art. 202 und 217 Huber, Erl. 210. Im Ergebnis wie hier Gmür, Art. 217 N. 21, Egger, Art. 217 N. 6 (anders in der 1. Auflage, Anm. 2).

Frauengut oder Gesamtgut ist. Es kommt also auch hier auf das Kennen oder Kennensollen der Frauenguts- bzw. Gesamtgutsqualität an¹⁾, nur ist es hier im Gegensatz zur ersten (im Gesetz zweiten) Bedingung nicht objektiv, sondern subjektiv bedingt. Es wird nicht auf eine sinnlich wahrnehmbare Eigenschaft des in Frage stehenden Gegenstandes abgestellt, sondern auf die subjektiven Umstände des einzelnen Falles; es fragt sich, ob der Dritte subjektiv nach den Umständen von der rechtlichen Eigenschaft des Gegenstandes Kenntnis hat oder haben könnte, d.h. ob er gut- oder bösgläubig ist. Soweit dieses Wissenssollen auf der äusserlich erkennbaren Beschaffenheit des Objektes beruht, wird es schon von der ersten Bedingung betroffen, sodass es auf das subjektive Wissen oder Wissenssollen nur dort ankommt, wo es an der objektiven Erkennbarkeit fehlt. Art. 202 und 217 Abs. 2 lassen sich demgemäss dahin zusammenfassen, dass der Dritte trotz Fehlens der Zustimmung der Ehefrau bzw. des andern Ehegatten in seinem Erwerb geschützt wird, sofern die Zugehörigkeit zum eingebrachten Gut der Ehefrau oder zum Gesamtgut nicht für jedermann erkennbar ist oder der Dritte sonstwie davon Kenntnis hat oder haben sollte.

Nicht das Wissen allein zerstört die Präsumption der Zustimmung, sondern auch schon das Wissenssollen. "Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden kann" (Art. 3), den Zusammenhang erkennen kann, geht der Präsumption verlustig. Das ist aber dann der Fall, wenn ein Gegenstand für jedermann als Frauenguts- oder Gesamtgutbestandteil erkennbar ist, sodass die Erkennbarkeit nur einen besondern Fall des Wissenssollens darstellt, der im Gesetz (in negativer Fassung) besonders hervorgehoben wird. Damit entsprechen aber Art. 202 und 217 Abs. 2 der Wirkung nach vollständig dem sachenrechtlichen Vertrauensschutz, Art. 933 und 973²⁾; denn auch nach letzterem kann nicht mehr gutgläubig sein, wer aus den konkreten Umständen, oder weil der Gegenstand objektiv als einem andern oder mehreren zugleich gehörig erkennbar ist, erkennt oder erkennen sollte, dass der Verfügende nicht oder nicht allein Verfügungsberechtigt ist. Ein Unterschied besteht nur im persönlichen Geltungsbereich. Art. 217 Abs. 2 bezieht sich sowohl auf Verfügungen des Ehemannes als auch der Ehefrau. Die Drittkontrahenten beider Ehegatten werden gleich behandelt. Dagegen betrifft Art. 202 Abs. 2 allein Verfügungen des Mannes. Gegenüber einseitigen Verfügungen der Ehefrau über ihr eingebrachtes Gut wird per argumentum e con-

1) Weiss 125.

2) Ebenso Huber, Erl. 196. - Sachenrechtlich kommt dem guten Glauben selbst rechtsbegründende und den Mangel im Recht behebbende Kraft zu, während das Ehegüterrecht den Mangel im Recht mit einer Fiktion, die durch den bösen Glauben zerstört wird, behebt, zwei verschiedene rechtliche Konstruktionen mit derselben Wirkung.

trario der Vertrauensschutz ausgeschlossen. Wer einseitig aus ihrem eingebrachten Gut erwirbt, kann sich nicht darauf berufen, dass er die Zustimmung des Ehemannes habe voraussetzen dürfen oder der Gegenstand nicht als zum Frauengut gehörig erkennbar gewesen sei. Wir gelangen daher zu dem etwas merkwürdigen Ergebnis, dass das eheliche Güterrecht den gemeinrechtlichen Schutz des guten Glaubens nicht etwa erweitert, sondern gerade beim ordentlichen gesetzlichen Güterstand im Gegensatz zu allen andern Güterständen bei Verfügungen der Ehefrau einschränkt, zum Schutz der ehemännlichen Nutzungsrechte am Frauengut und seiner Verantwortlichkeit.

4. Art. 202 und 217 handeln nur von Verfügungen der Ehegatten. Eine analoge Bestimmung mit Bezug auf Verpflichtungen, die das eingebrachte Gut oder Gesamtgut belasten, fehlt. Es vermag daher die Ehefrau ihr Eingebrachtes oder das Gesamtgut rechtsgeschäftlich nur mit Zustimmung des Ehemannes zu verhaften (Art. 207, 220), wobei diese Zustimmung nirgends präsumiert oder ein guter Glaube anerkannt würde. Er spielt somit, da die Art. 164 und 167 zu den Wirkungen der Ehe im allgemeinen gehören, also nicht güterrechtlicher Natur sind ¹⁾, im ehelichen Güterrecht überhaupt nur eine Rolle, soweit die Verfügungsgewalt über zum ehelichen Vermögen gehörende Werte in Frage steht ²⁾. Dabei wirkt sich der güterrechtliche Vertrauensschutz im Endergebnis ausschliesslich negativ, als Einschränkung des sachenrechtlichen aus ³⁾, indem bei Verfügungen der Güterverbindungsfrau über ihr eingebrachtes Gut ausserhalb des Rahmens ihrer Schlüsselgewalt der sachenrechtliche Vertrauensschutz zugunsten der Rechte des Mannes am eingebrachten Frauengut aufgehoben wird.

1) S. 3.

2) Zust 13. Vgl. immerhin den im Gesetz nicht geregelten Fall des Schutzes des Vertrauens in einen nicht publizierten Güterrechtsregistereintrag, S. 14, 34.

3) Weiss 126.

2. TEIL :

Verfügungen, Verpflichtungen, Prozess und Betreibung im Wechsel des Güterstandes.

§ 5. Dispositionsbefugnis und Güterstandsänderung.

a) Der massgebliche Güterstand.

Zur Gültigkeit einer Verfügung erforderlich ist, dass der handelnde Ehegatte im Zeitpunkt der Verfügung nach dem dannzumal geltenden externen Güterstand hiezu befugt ist oder die nach diesem Güterstand erforderliche Zustimmung des andern Ehegatten besitzt¹⁾. Nach diesem Zeitpunkt und Güterstand bestimmt sich auch, ob der Dritte des Schutzes des guten Glaubens teilhaftig wird. Ob daneben die Verfügung mit dem internen Güterstand in Einklang steht, ist, soweit die Rechte des Dritten in Frage stehen, unerheblich. Doch ist eine Verfügung auch dann als gültig anzusehen, wenn der Ehegatte nur nach internem Güterstand allein verfügungsberechtigt ist; denn ob ein Ehegatte eine Verfügung des andern von seiner Zustimmung abhängig machen kann, hängt davon ab, ob ihm im Verhältnis zum andern Ehegatten, d.h. also auf Grund des inneren Güterstandes irgendwelche güterrechtlichen Rechte am Gegenstand der Verfügung zustehen. Er kann nicht gestützt auf einen abweichenden externen Güterstand Rechte nach aussen für sich in Anspruch nehmen, die er intern nicht besitzt. Sowohl der andere Ehegatte wie auch der Dritte können sich einem Einspruch, der nur im externen Recht begründet ist, als rechtmissbräuchlich widersetzen.

b) Wechsel des Güterstandes zwischen Verpflichtung und Verfügung.

Die Dispositionsbefugnis und die allenfalls erforderliche Einwilligung des andern Ehegatten müssen im Zeitpunkt der Verfügung (Tradition zu Eigentum, Nutzniessung oder Pfand, Anmeldung beim Grundbuch, Art. 948, 972 Abs. 2, Zession, Indossament, Zustimmung zu einem Vergleich oder Nachlassvertrag) gegeben sein, nicht schon, wenn sich ein Ehegatte zur Vor-
nahme einer solchen verpflichtet. Die Verpflichtungsfähigkeit wird durch das eheliche Güterrecht nicht beschränkt, und so wenig nach allgemeinem Vermögensrecht jemand gehindert ist, sich zu einer Verfügung über eine erst zu beschaffende oder mit Drittrechten belastete Sache gültig zu verpflichten, so wenig besteht im Ehegüterrecht ein Grund zu einer abweichenden Lösung. Es genügt, dass der Ehegatte erst im Zeitpunkt der Ver-

1) BGE 43 III 378 ff. für den intertemporalrechtlichen Güterstandswechsel.

fügung das alleinige Verfügungsrecht oder die Zustimmung des Gatten be-
sitzt. Verpflichtet sich anderseits eine Frau nach ihrem Stande einseitig
zu einer Verfügung über in ihrer alleinigen Zuständigkeit stehendes Gut, so
bedarf sie zur Verfügung selbst der Zustimmung des Mannes, wenn der Ge-
genstand inzwischen durch Verheiratung, Güterstandswechsel oder speziel-
len Ehevertrag eingebrachtes Gut, Gesamtgut oder Mannesgut geworden ist ¹⁾.
Kann seine Zustimmung nicht beigebracht werden, so wird sie wegen sub-
jektiver Unmöglichkeit der Vertragserfüllung schadenersatzpflichtig ²⁾. Real-
exekution ist ausgeschlossen, da dieselbe nur in das ihrer alleinigen Verfü-
gungsgewalt unterstehende Vermögen erfolgen dürfte. - Dabei bleibt es auch
bei sukzessiver Erfüllung einer Verpflichtung: vor Uebergang zu Güterver-
bindung oder Gütergemeinschaft erfolgende Leistungen können von der Ehe-
frau allein vorgenommen werden, die späteren sind zustimmungsbedürftig.

c) Güterstandswechsel zwischen suspensiv bedingter Verfügung und
Bedingungseintritt.

Bei bedingter Verfügung genügt, dass die Dispositionsbefugnis und even-
tuelle Zustimmung im Zeitpunkt der bedingten Verfügung gegeben sind ³⁾.
Nicht notwendig ist, dass sie auch noch dem Güterstand im Zeitpunkt des
Bedingungseintritts entsprechen. Ist eine Verfügung vom andern Ehegatten
genehmigt worden, während dies nach dem spätern Güterstand nicht mehr
erforderlich gewesen wäre, so versteht sich die Gültigkeit der Verfügung
von selbst. Der Dritte ist aber auch dann in seinem Erwerb zu schützen,
wenn sein Auktor bei Bedingungseintritt nicht mehr oder doch nur noch mit
Zustimmung des andern Gatten disponieren könnte: so, wenn der Ehemann
gemäss Art. 200, 202 Abs. 2, 217 Abs. 2 eingebrachtes Gut oder Gesamtgut
bedingt veräussert oder belastet hat, und die Ehegatten nachträglich, jedoch
vor dem Entscheid über die Bedingung zu Gütertrennung übergehen oder der
betreffende Gegenstand dem Sondergut der Ehefrau zugewiesen wird; ebenso
bei einseitiger Verfügung der Ehefrau über Gütertrennungsgut und nachträg-
lichem Eintritt des Gegenstandes in das eingebrachte Gut oder Gesamtgut.
Beruht der Entzug der Verfügungsbefugnis durch Eigentumswechsel oder
der Eintritt einer Verfügungsbeschränkung auf einem speziellen Ehevertrag,
durch welchen das Objekt der Verwaltung und Nutzung des Mannes entzogen

1) Dagegen ist nach der Praxis die vormundschaftliche Genehmigung nach Art. 177 Abs. 2
nicht erforderlich, wenn sich eine Frau nach der Beurkundung eines Liegenschafts Kaufvertra-
ges, aber vor der Anmeldung beim Grundbuch mit dem Käufer verheiratet. VEB 9 Nr. 57.

2) War sie bei Eingehung der Verpflichtung unverheiratet oder lebte sie in Gütertrennung,
so haftet allerdings für diese Schadenersatzforderung das eingebrachte Gut oder Gesamtgut mit
Einschluss des fraglichen Objektes. Art. 207 Ziff. 1, 219, 220 Ziff. 1.

3) Oser, Art. 151 OR N. 6, von Tuhr, OR, S. 660. Sämtliche übrigen Tatbestandselemente
sind gegeben, und es hängt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nur noch vom Eintritt oder
Nichteintritt der Bedingung ab. Deshalb sind die Parteien auch bereits mit diesem Zeitpunkt
gebunden, Art. 152 OR. Diese Rechtslage wird nicht dadurch beseitigt, dass eines der Elementen-
te des Tatbestandes, hier: die Verfügungsmacht, nachträglich wegfällt.

bezw. ihr unterstellt wird, so folgt dies aus Art. 152 Abs. 3 OR. Ist dagegen die Rechtsänderung die gesetzliche Folge eines generellen Ehevertrages oder einer richterlichen oder gesetzlichen Güterstandsänderung, so ergibt sich die Aufrechterhaltung der bedingten Verfügung aus dem Charakter der Rechtsänderung als einer Gesamtrechtsnachfolge und aus dem Charakter der ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechte. Der Ehegatte, der durch Güterstandsänderung Vermögen des andern zu Allein- oder Gesamteigentum oder Verwaltung und Nutzung zugeschieden erhält, übernimmt es mit allen nach früherem Güterrecht gültig begründeten Rechten Dritter. Er tritt tel quel in die Rechtsstellung des andern Ehegatten ein ¹⁾.

d) Güterstandswechsel während einseitiger Unverbindlichkeit einer Verfügung.

Willensmängel (Art. 24, 28, 29 OR) und vollmachtloses Handeln (Art. 38 OR) bewirken nur einseitige Unverbindlichkeit; diejenige Partei, deren Erklärung fehlerfrei ist, bleibt bis zur Genehmigung oder Ablehnung durch die andere gebunden. Für die Dispositionsbefugnis der ersteren kommt es daher nur auf den Zeitpunkt der Verfügung an, wirkt doch die Genehmigung zurück ²⁾. Die Verfügung wird nicht etwa durch Güterstandsänderung während der Schwebezeit und dadurch bedingtem Verlust der Dispositionsbefugnis auch für diese Partei unverbindlich.

Dagegen bedarf der Ehegatte, der eine für ihn nicht verbindliche Verfügung genehmigen will, der Verfügungsmacht im Zeitpunkt der ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung ³⁾. Ist daher der in Frage stehende Vermögenswert während der Schwebezeit seiner alleinigen Verfügungsmacht entzogen worden, indem er infolge Heirat oder Güterstandsänderung ins Eigentum des andern Ehegatten übergegangen oder zu eingebrachtem Gut oder Gesamtgut geworden ist, so bedarf er der Zustimmung des andern Ehegatten ⁴⁾; es ist für diesen die Verfügung bis dahin nicht existent, und er braucht sie sich daher auch nicht gegen seinen Willen gefallen zu lassen. Soll die Verfügung durch Zeitablauf rechtskräftig werden (Art. 31 Abs. 1 u. 2), so ist erforderlich, dass auch ihm der Irrtum, die Täuschung oder Bedrohung bekannt geworden ist; denn mangels Verfügungsmacht vermag der andere Ehegatte auch nicht durch unbenutztes Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist die Verfügung wirksam werden zu lassen.

1) Für die Gütergemeinschaft Weiss 64. Für die Güterverbindung vgl. Lotz, Das Recht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut, ZSR 38, 408: "Das Recht des Ehemannes ist .. kein dem Recht der Ehefrau entgegenstehendes, von diesem verschiedenes, sondern ein entsprechendes Recht ... Das Recht des Mannes besteht ... darin, die Rechte der Frau ... selbständig geltend zu machen ... Sein Objekt sind die Rechte der Frau"

2) Siehe S. 39f Anm. 3 und Oser, Vorbem. zu Art. 1 - 40 OR N. 14, Art. 31 N. 7, 26.

3) von Tuhr, OR, 131 Anm. 74. Wer nicht mehr verfügen kann, kann auch nicht mehr genehmigen.

4) von Tuhr, Allg. Teil BGB, III 322.

Massgebend ist daher für die Frage der Verfügungsbefugnis und Gültigkeit der Verfügung der Zeitpunkt, in welchem die Rechtshandlung für jede Partei verbindlich ist. Für diesen Zeitpunkt gültig begründete Rechte werden durch einen nachträglichen Güterstandswechsel nicht mehr berührt.

e) Konvaleszenz einer ungültigen Verfügung durch nachträgliche Güterstandsänderung?

Wird eine von der Ehefrau ohne Einwilligung des Mannes vorgenommene Verfügung über eingebrachtes Gut oder Gesamtgut durch nachträglichen Uebergang zu Gütertrennung oder Wegfall der Verfügungsbeschränkung infolge Auflösung der Ehe geheilt? Die Antwort hängt von der Bedeutung, dem Zweck der Verfügungsbeschränkung ab. Liegt sie im rein privaten Interesse des nutzungsberechtigten Ehemannes, so genügt es, die Verfügung nur ihm gegenüber als unwirksam zu behandeln; folgerichtig hat die Beschränkung mit dem Aufhören der ehemännlichen Verwaltung und Nutzung dahinzufallen und wird die Verfügung voll wirksam¹⁾. Es besteht aber darüber wohl kein Zweifel, dass die Rechte des Mannes am eingebrachten Frauengut ihm nicht um seiner Person willen zustehen. Die Ueberlassung der Nutzung stellt in der Güterverbindung die spezifische Form der Beitragsleistung der Ehefrau an die Lasten des Haushalts dar, und es kann dem Ehemann die Nutzung und Verwaltung entzogen werden, wenn er nicht pflichtgemäss für den Unterhalt von Frau und Kindern Sorge trägt (Art. 183 Ziff. 1). So gewinnt das Frauengut im ehelichen Haushalt die Bedeutung eines Fonds, dessen Erträge für die Familie Verwendung finden sollen, der aber selbst nach Möglichkeit nicht oder doch nur mit Zustimmung beider Ehegatten angegriffen werden soll. Die Verfügungsbeschränkung bezweckt die Erhaltung dieses Fonds im Dienste der Familie²⁾. Unter diesem Gesichtspunkt ist aber die Erhaltung des Frauengutes gerade bei der Aufhebung der Güterverbindung von Wichtigkeit; in recht vielen Fällen ruht nach Tod, Konkurs und Auspändung des Mannes (Art. 182 Abs. 1, 185), bei Gütertrennung wegen Ueberschuldung, Vernachlässigung der Unterstützungspflichten (Art. 183 Ziff. 1 und 3), bei Getrenntleben (Art. 170), Trennung und Scheidung die Hauptlast des Unterhalts der Familie auf dem Frauengut und ist das Frauengut das einzige Vermögen, das aus dem Ruin gerettet werden konnte. Gerade in diesem Moment soll es seine wirtschaftliche Funktion erfüllen können und nicht durch Wirksamwerden nicht autorisierter Verfügungen seinem Zweck entfremdet, in seinem Bestand geschmälert werden. Freilich kann nicht verhindert werden, dass die Ehefrau nach Erlangen der alleinigen Dispositionsbefugnis die Verfügung bestätigt oder erneuert. Die Gefahr leicht-

1) So Egger, Art. 203. 2c 1. Aufl. (in der 2. Aufl. N. 7 wird die Frage offen gelassen), Schultz, Die privatrechtliche Stellung d. Ehefrau, Diss. Zürich 1908, 108, Wieland, Art. 714 N. 3e, Mattli, Die Rechts- u. Handlungsfähigkeit der Ehefrau, Diss. Bern 1914, 107, Lotz, a.a.O., 389.

2) Weiss 95, Lotz 390, Wieland, ZSR 18, 393.

fertiger Bestätigung ist jedoch nicht sehr gross, sobald sie ihr Vermögen selbst zu verwalten und die Sorge für den Unterhalt der Familie vorwiegend zu tragen hat. Jedenfalls vermag die Möglichkeit einer nachträglichen Verschleuderung des Frauenvermögens nicht zu rechtfertigen, die Verfügungsbeschränkung wegfällen und die Konvaleszenz nicht genehmigter Verfügungen von Gesetzes wegen eintreten zu lassen.

Dass der absolute Charakter der Verfügungsbeschränkung der Tendenz des Gesetzes entspricht, wird auch durch Art. 208 und 221 bestätigt. Die Verfügungsbeschränkung hat ihr Analogon und ihre Ergänzung in der Haftungsbeschränkung der Art. 208 und 221. So wenig wie durch direkte Verfügungen soll das eheliche Vermögen ohne Wissen und Willen des Ehemannes dadurch beeinträchtigt werden können, dass es für rechtsgeschäftliche Verpflichtungen der Ehefrau auf dem Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen werden kann. Hier bestimmt das Gesetz ausdrücklich, dass die Haftungsbeschränkung auch nach Aufhebung der Güterverbindung fort dauert¹⁾. Es wäre inkonsequent, wenn sich die Ehefrau bleibend nur mit ihrem Sondergut verpflichten könnte, die auf Grund dieser Verpflichtungen vorgenommenen und vom Ehemann nicht gebilligten Verfügungen aber mit dem Moment der Gütertrennung wirksam würden und vollstreckt werden könnten. Die dauernde Unwirksamkeit nicht genehmigter Verfügungen ist geradezu das notwendige Korrelat zur Haftungsbeschränkung nach Aufhebung der Güterverbindung und Gütergemeinschaft, soll die Haftungsbeschränkung nicht teilweise illusorisch sein; könnte sie doch sonst durch eigenmächtige Verfügungen umgangen werden²⁾.

Wo das Gesetz die Zustimmung des Ehemannes verlangt, ist dieselbe Rechtsvoraussetzung der Gültigkeit einer Verfügung der Ehefrau. Die Verfügung entbehrt bis zur Genehmigung jeder Wirksamkeit, auch wenn auf Grund der Tatsache rechtsgeschäftlichen Handels vorübergehend eine Bindung sui generis anzunehmen ist. Wird die Genehmigung vom Ehemann verweigert oder kann sie von ihm zufolge Tod, Scheidung oder Gütertrennung nicht mehr erteilt werden, so kann diese Rechtsbedingung nicht eintreten. Die Verfügung bleibt nichtig und wird nicht durch den nachträglichen Wegfall der Verfügungsbeschränkung geheilt³⁾. Sowohl der Ehemann als auch

1) Im Gegensatz zum deutschen Recht, BGB § 1399, 1412-14. Zur Begründung der Fortdauer der Haftungsbeschränkung vgl. Steiner 111, Egger, Art. 208 N. 8, Gmür, Art. 208 N. 6. Nach Huber, Erl. 203, waren allerdings rein rechtstechnische Erwägungen massgebend.

2) Vgl. auch Weiss 110/111.

3) So ausdrücklich BGB § 1396 Abs. 3; Gmür Art. 203 N. 15, Curti Art. 203 N. 7, Rossel-Mentha 355, Weiss 95, wohl auch Ostertag, Art. 933 N. 32. von Tuhr, OR, 197, nimmt einerseits absolute Unwirksamkeit an, verneint aber im Hinblick auf Art. 168 Abs. 2 für die Frau die Möglichkeit der Rückforderung und betrachtet die Verfügung als durch spätern Wegfall der ehemännlichen Verwaltung geheilt, a.a.O. u. S. 196 Anm. 42. - Auch die Verfügung eines Handlungsunfähigen wird durch nachträglichen Eintritt der Handlungsfähigkeit nicht geheilt, sondern bedarf der neuerlichen Bestätigung.

die Ehefrau (letztere während der Güterverbindung allerdings nur mit Zustimmung des Ehemannes, Art. 168 Abs. 2) können auf Rückgabe von Fahrnis oder auf Berichtigung des Grundbuches klagen¹⁾. Wohl aber kann die nachträglich allein verfügungsberechtigt gewordene Ehefrau die Verfügung wiederholen oder ausdrücklich und konkludent bestätigen.

§ 6. Die Schuldverpflichtungen bei Güterstandswechsel.

a) Der Einfluss des Güterrechts auf die Handlungsfähigkeit der Ehegatten.

Das eheliche Güterrecht ist grundsätzlich ohne Einfluss auf die Handlungsfähigkeit der Ehegatten, insbesondere der Ehefrau²⁾. Zwar bestehen im Verhältnis zwischen den Ehegatten gewisse Beschränkungen, indem sie zum Abschluss eines Ehevertrages während der Ehe der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde bedürfen, Art. 181 Abs. 2, und nach herrschender Ansicht während der Geltungsdauer des ausserordentlichen Güterstandes kein Ehevertrag abgeschlossen werden kann, die Ehevertragsfreiheit aufgehoben ist³⁾. In beiden Fällen handelt es sich indessen nicht um Wirkungen des Güterstandes als solchem, sondern allgemein um die Voraussetzungen, unter denen die Ehegatten vom gesetzlichen ordentlichen oder ausserordentlichen Güterrecht abweichen können, also um die Schranken der Privatautonomie gegenüber den gesetzlichen Wirkungen der Ehe. Die Beschränkung des Art. 182 Abs. 2 gilt für sämtliche Güterstände in gleicher Weise und lässt sich auch nur aus den persönlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten, nicht güterrechtlich motivieren⁴⁾; güterrechtlich hätte das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung und der Registrierung genügt. Dagegen handelt es sich in Art. 177 Abs. 2 trotz der Stellung dieser Vorschrift im fünften Titel über die Wirkungen der Ehe im allgemeinen um eine die Handlungsfähigkeit einschränkende güterständliche Vorschrift. Durch diese Stellung im Gesetz kommt lediglich zum Ausdruck, dass auch hier nicht güterrechtliche Gründe massgebend waren, sondern das gesetzgeberische Motiv wie bei Art. 177 Abs. 3 im persönlichen Verhältnis der Ehegatten (Gefahr der Uebervorteilung, der Ausnutzung der gegenseitigen Ab-

1) Für das deutsche Recht Wolff 212, Engelmann § 1396 N. 4, Planck § 1396 N. 9. - a. A. Weiss 111, da ein Berichtigungsbegehren der Ehefrau Treu und Glauben widersprechen würde. Erst nach der Aufhebung der ehemännlichen Rechte soll auch die Ehefrau Klage führen können. - Wird jedoch die Dispositionsbeschränkung mit dem Interesse der Familie begründet, so ist nicht einzusehen, weshalb ihr die Geltendmachung der Ungültigkeit einer Verfügung während des Bestehens der Verfügungsbeschränkung versagt werden soll.

2) Statt vieler Egger, Art. 177 N. 3, Ganzoni 20 ff.

3) Vgl. S. 121

4) Vgl. z. B. die Begründung bei Mattli, Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Ehefrau, 98 ff.

hängigkeit) zu suchen ist.

Im Verhältnis zu Dritten bestehen keinerlei güterrechtliche Beschränkungen der Handlungsfähigkeit. Insbesondere sind die Ehegatten unter jedem Güterstand verpflichtungsfähig, d.h. fähig, durch rechtsgeschäftliches Handeln in ihrer Person Leistungspflichten zu begründen. Art. 177 Abs. 3 gilt unabhängig vom Güterstand für jede Ehe, als eine Wirkung der Ehe im allgemeinen. Ebenso Art. 494 OR. Auch aus Art. 208 und 221 folgt nicht etwa, dass sich die Ehefrau nicht beliebig verpflichten könnte. Die ohne Einwilligung des Ehemannes eingegangenen Verpflichtungen sind nicht nichtig, sondern bilden klagbare Schulden. Es besteht auch nicht eine nur beschränkte Verpflichtung, so, dass, was die Ehefrau über den Wert ihres Sondergutes hinaus leisten würde, als nicht geschuldet zurückverlangt werden könnte, sondern es ist lediglich die Haftung, die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung beschränkt. Es bleibt nach Erschöpfung des Sondergutes eine Schuld, die wohl erfüllt, aber nicht mehr durch Betreibung zwangsweise durchgesetzt werden kann. Ebenso bedeuten die Verfügungsbeschränkungen der Art. 202 - 204 und Art. 168 Abs. 2 nicht eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit; es werden vielmehr unter grundsätzlicher Wahrung der Handlungsfähigkeit einzelne Vermögensobjekte der Verfügungsmacht der Ehefrau entzogen¹⁾.

b) Unveränderlichkeit bestehender Schuldverpflichtungen bei Güterstandswechsel.

Bestehende Schuldverpflichtungen bleiben sowohl hinsichtlich der Person des Schuldners als auch hinsichtlich des Leistungsinhalts vom Eintritt güterrechtlicher Beziehungen infolge Eheschliessung unberührt. Die güterständliche Gliederung der Vermögen der Ehegatten in rechtlich verschieden behandelte Vermögenskomplexe bezieht sich ausschliesslich auf die Aktiven, nicht die Passiven²⁾. Die Verpflichtungen werden nur insofern davon betroffen, als durch diese Gliederung das im Wege der Zwangsvollstreckung dem Zugriff der Gläubiger unterworfenen Vermögen betroffen wird. Das eheliche Güterrecht modifiziert nur die Haftung, nicht aber die Schuld.

Für die Güterverbindung, Gütereinheit³⁾ und Gütertren-

1) Gmür Art. 168 N. 7 und dort zit. Literatur. - Entzieht man allerdings einer Person die Verfügung über ihr Vermögen und die Möglichkeit, es für ihre Verpflichtungen haftbar zu machen, so kommt dies einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit selbst mit zunehmendem Masse gleich, sodass die Unterscheidung mehr theoretischer Natur ist.

2) "La distinction entre apports et biens réservés ne concerne que l'actif", Panchaud 22. Weder bei der Umschreibung des ehelichen Vermögens bei Güterverbindung noch des Gesamtgutes bei allgemeiner und beschränkter Gütergemeinschaft ist von den Passiven die Rede, Art. 194/5, 215, 237-39, 247. Vgl. auch Held, SJZ 14, 355 insb. Anm. 4, Deschenaux 259 (anders dagegen 260).

3) Art. 199 ZGB, im Gegensatz zur altbernischen Gütereinheit, Art. 144, Ziff. 2 bern.

nung unterliegt dies keinem Zweifel. Die bei der Eheschliessung bestehenden Schulden werden ausdrücklich anerkannt, Art. 206 Ziff. 1, 207 Ziff. 1, 243 Abs. 1 und 2, und es bleiben trotz der Bildung eines "ehelichen Vermögens" die Schulden getrennt. Ein Schuldnerwechsel findet nicht statt. Fraglich ist dagegen, ob bei der Gütergemeinschaft die Vergemeinschaftung der Aktiven nicht auch eine Vergemeinschaftung der Passiven zur Folge hat, wie es einer konsequenten Durchführung des Gemeinschaftsgedankens zweifellos entsprechen würde. Die Wirkung der Gütergemeinschaft auf die bestehenden Schuldverpflichtungen ist bisher durch die Praxis nicht abgeklärt. Sicher ist einmal, dass die Ehefrau (mit Ausnahme der Haushalts-schulden, Art. 220 Abs. 2) nicht persönlich für die Schulden des Ehemannes verpflichtet wird, Art. 220, 221¹⁾. Es haftet allerdings ihr im Gesamtgut aufgegangenes eingebrachte Gut für die Mannesschulden; ihr Sondergut ist aber von dieser Haftung ausgeschlossen, und eine Schuldverpflichtung der Ehefrau mit auf das Gesamtgut beschränkter Haftung ist dem Gesetz nicht bekannt²⁾. Soweit daher eine Mitverpflichtung als Folge der Gütergemeinschaft in Frage kommt, ist es entgegen dem Gemeinschaftsprinzip höchstens eine einseitige des Mannes zugunsten der Gläubiger der Frau. In der Tat wird in der Literatur mehrheitlich ein solcher Schuldbeitritt des Mannes angenommen, soweit die Frauenschulden Vollschulden sind, d.h. soweit sie das Gesamtgut belasten, Art. 219 Ziff. 3, 220. Die persönliche Haftung des Ehemannes (Art. 219) wird zur persönlichen Schuld, sodass die Vollgläubiger der Ehefrau durch den Eintritt der Gütergemeinschaft nicht nur eine Erweiterung des Exekutionssubstrates um das gesamte Mannesvermögen erfahren, sondern kumulativ einen neuen Schuldner gewinnen³⁾.

EG z. ZGB, Gmür, Art. 199 N. 20, 30.

1) Gmür, Art. 220 N. 3, Egger, Art. 219 N. 1 a.E., N. 5, 221 N. 2, Rossel-Mentha 380 Nr. 524.

2) Egger, Art. 219 N. 1 a.E. Sie ist entweder "persönlich" und mit dem Gesamtgut, Art. 220, oder nur mit ihrem Sondergut verpflichtet, Art. 221.

3) Gmür, Art. 219 N. 4 a.E. (entgegen seiner eingangs gemachten Feststellung, dass auch bei der Gütergemeinschaft die Schulden der Ehegatten prinzipiell getrennt sind), Egger, Art. 219 N. 1, N. 5, Oser, Vorbem. zu Art. 143 - 150 OR N. 3 (scheinbar anders N. 6 zu Art. 143), Kappeler S. 79, W. Eulau 141, Bosshardt 57. Handelt es sich bei diesen Autoren, soweit sie sich über die Natur dieser Mitverpflichtung überhaupt näher aussprechen, um eine Solidarschuldverpflichtung (Kappeler: unechte Solidarität, Konkurrenz, da kein Regressrecht besteht), so nimmt Cuttat 72 eine der Solidarbürgschaft entsprechende Verpflichtung an (ebenso Wolff, § 64 S. 252 Ziff. 2 für das deutsche Recht. Vgl. unten.)

Eine blossе Haftung ohne Schuld des Ehemannes scheinen anzunehmen Huber, Erl. 211, Tuor, Schweizer Recht, 189, A. Homberger, Das schweiz. ZGB, 57, von Tuhr, OR, 680, A. Schweizer 27, ff., Müller 28 (allerdings unter Hinweis auf BGB § 1459); vgl. auch Nussbaum, ZBGR 17, 109.

Deschenaux 333, 341 betrachtet die Gütergemeinschaft des schweizerischen, deutschen und französischen Rechts als juristische Persönlichkeit, für deren Verbindlichkeiten primär das Gemeinschaftsvermögen, subsidiär der Ehemann und in bestimmten Fällen auch die Ehefrau als Schuldner haften. Im schweizerischen Recht findet diese Auffassung keine Grundlage.

Art. 219 und 220/21 stehen unter dem Marginale "Haftung", und es sprechen sowohl Art. 219, 220 wie auch Art. 227 im Text übereinstimmend und durchgehend von der "Haftung" ¹⁾. Im Gegensatz dazu trägt allerdings Art. 219 den Untertitel "Schulden des Ehemannes" und nennt in Ziffer 1 und 3 hierunter die vorehelichen und die während der Ehe durch die Ehefrau zu Lasten des Gesamtgutes begründeten Schulden, was auf eine Verpflichtung des Ehemannes für die Vollschulden der Ehefrau hindeuten würde. Dem steht jedoch der Gesetzestext: "Der Ehemann ist ... haftbar ...", wie auch der Zusammenhang mit Art. 220 und 221 entgegen: Art. 219 bezeichnet diejenigen Schulden, für welche der Mann persönlich und mit dem Gesamtgut einzustehen hat, Art. 220 diejenigen, für welche das Gesamtgut und das Einhandgut der Ehefrau, Art. 221 die Schulden, für welche nur ihr Sondergut haftet. Art. 219 enthält ratione legis nicht einen vollständigen Katalog der Mannessschulden, sondern er bestimmt in Verbindung mit Art. 220 und 221 für die verschiedenen Schuldenkategorien den Kreis des haftenden Vermögens, das Mass der Haftung, wobei Schuld und Haftung deutlich auseinander gehalten sind. Wenn also die vorehelichen und eine bestimmte Kategorie ehelicher Schulden der Frau unter diejenigen Schulden gezählt werden, für welche der Ehemann persönlich und mit dem Gesamtgut haftet, so wird dadurch das Haftungssubstrat bezeichnet; es folgt daraus aber nicht, dass er hiefür als Schuldner verpflichtet ist. Hätte in Art. 219 zugleich eine solche Verpflichtung des Ehemannes für die Vollschulden der Ehefrau begründet werden wollen, so wäre dies doch wohl im Text selbst und nicht nur im

Für das deutsche Recht wie die schweizerische herrschende Auffassung Planck § 1459 S. 466 (4. Aufl. 1924), (anders Anm. III 3e S. 393), Engelmann § 1459 S. 466 (9. A. 1926), Wolff § 64 S. 254 (7. Aufl. 1931) (entgegen seiner auf S. 252 geäußerten Auffassung, vgl. oben) Gierke, Deutsches Privatrecht, in Holtzendorf, Enzyklopädie, 282, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insb. 107; vgl. auch seine Kritik am BGB in :Personengemeinschaften und Vermögensbegriff, 91. Solidarschuldnerschaft nehmen ferner an Reichel, Schuldmitübernahme, 72/73, 111, Baligand S. 125, Thiesing, Die Schuldenhaftung bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, Göttingen 1896, S. 3, Buch, Schuld u. Haftung im geltenden Recht, 1914, S. 34.

Im französischen Recht ist die Frage streitig. Praxis und Literatur nehmen mehrheitlich solidarische Verpflichtung des Ehemannes an. Vgl. Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil, 4. Aufl. 1925, Bd. 3, 98 ff. zu Art. 1419 Cc, wobei die Solidarität nicht so sehr aus dem Gesetz als aus allgemeinen Prinzipien der Gütergemeinschaft abgeleitet wird: "Cependant (ce résultat) découle nécessairement des principes du régime de communauté" S. 110. Vgl. ferner Planiol-Ripert, Traité élémentaire, 11. Aufl. 1938, Bd. III, 141, 148 und die bei Fuzier-Herman-Josserand, Code civil annoté, nouv.éd. 1940 Bd. 5 N. 3 zu Art. 1419 Cc zit. Praxis und Literatur. - Für blosse Mithaftung Fuzier-Herman-Josserand a.a.O.N. 11, speziell abgeleitet aus dem Gesetz v. 18.3.1938, durch welches der Ehefrau volle zivile Handlungsfähigkeit verliehen wurde, und Josserand, Cours de droit civil, 2. Aufl. Bd. III, 76 u. ff., insb. Nr. 134.

1) Diese Terminologie ist auch im französischen und italienischen Text des Art. 221 beibehalten, während im deutschen Text des Art. 221 von "Verpflichtung" mit dem Sondergut die Rede ist. Eine inhaltliche Differenz besteht indessen nicht; denn wenn Art. 221 sagt, dass die Ehefrau "mit dem Sondergut" verpflichtet sei, so wird dadurch ebenfalls das Vermögen, mit welchem sie für die Erfüllung bzw. bei Nichterfüllung der in Art. 221 genannten Verbindlichkeiten einzustehen hat, d.h. eben die "Haftung" umschrieben.

Marginalie zum Ausdruck gebracht worden¹⁾.

Eine Schuldverpflichtung des Ehemannes folgt auch nicht aus dem Charakter der Haftung als einer persönlichen²⁾. "Persönliche Haftung" ist ein Haftungsbegriff und umschreibt das Mass der Haftung; er bedeutet unbeschränkte Haftung mit dem gesamten Vermögen in seinem jeweiligen Bestand, im Gegensatz zu rechnerisch oder gegenständlich beschränkter Haftung³⁾. Wenn auch für unser Recht die unbeschränkte Haftung des Schuldners das Uebliche ist, sodass Schuld sozusagen gleichbedeutend mit unbeschränkter, also persönlicher Haftung ist, so folgt umgekehrt aus persönlicher Haftung nicht ohne weiteres auch persönliche, auf primäre oder sekundäre Leistung gerichtete Schuld des Haftenden, namentlich dort nicht, wo es sich um Haftung für von einem Dritten begründete Schuld handelt; denn es gibt ohne eigene Schuld Haftung⁴⁾ für fremde Schuld, die begrifflich beschränkt oder unbeschränkt, persönlich sein kann⁵⁾. Entscheidend ist die konkrete Rechtsnorm.

Eine solidarische Mitverpflichtung des Mannes wäre auch nur soweit

1) Vgl. z.B. BGB § 1459 Abs. 2: "Für die Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, haftet der Mann auch persönlich als Gesamtschuldner".

Der Begriff der "Gemeinschaftsschulden" (dettes communes) in Art. 223 Abs. 2 besagt nichts anderes als "Schulden, für die das Gesamtgut haftet" (debiti a carico della comunione) in Abs. 1. Gmür, Art. 223 N. 7, Curti Art. 223 N. 5, Schweizer 75, O. Müller 31/32. Vgl. auch die Definition der Gesamtgutsverbindlichkeiten in BGB § 1459 Abs. 1.

2) Genau genommen bedeutet natürlich auch "blosse Haftung" Schuld, Verpflichtung. Haftung ist nicht ein unpersönlicher Zustand eines Vermögens, sondern, vom Gläubiger aus gesehen, eine Rechtsmacht gegenüber dem Vermögensinhaber. Es haftet nicht das Vermögen, sondern die betreffende Person mit ihrem Vermögen oder einzelnen Vermögensobjekten. Der Haftende ist gehalten, obligiert, den Zugriff auf sein Vermögen zu dulden. In diesem Sinne ist auch die Ehefrau als am Gesamtgut beteiligte Gesamteigentümerin für die Schulden des Ehemannes "verpflichtet". Haftung bedeutet Duldungspflicht (a.A.W. Eulau 31), und es ist ungenau, Schuld und Haftung im Sinne eines scharfen Gegensatzes einander gegenüber zu stellen. Wesentlich ist der verschiedene Schuldinhalt: primäre Leistung oder sekundäre Leistung im Falle der Nichterfüllung der primären (materielle Haftung, W. Eulau) einerseits, und Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtvermögen, ein Sondervermögen oder einzelne spezielle Haftungsobjekte andererseits. - Wir sehen jedoch davon ab, diese Duldungspflicht zu betonen und halten uns an die herrschende Ausdrucksweise, welche "Haftung" als das Unterworfensein unter die Zugriffsmacht des Gläubigers der "Schuld" gegenüberstellt, und die auch im Gesetz Verwendung gefunden hat; Schweizer 3, Huber, Erl. 201 ff. 211.

3) W. Eulau 162, Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III 33, Schuld und Haftung, insbes. 98, 115, v. Tuhr, Allg. Teil BGB Bd. I § 4 VI, OR 14 ff., Schweizer 2, unter Hinweis auf Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, 1880, § 1.

4) In dem in Anm. 2 umschriebenen Sinn.

5) Vgl. immerhin Gierke, Schuld und Haftung, 101: "Allein ersichtlich wohnt der Haftung für fremde Schuld eine Tendenz inne, eigene Schuld zu begründen", und S. 106: "So war auch bei der Haftung für fremde Schuld die durch die Rezeption geförderte Entwicklung vorbereitet, auf Grund deren im heutigen Recht grundsätzlich, wer haftet, auch schuldet". Im gleichen Sinne G. Buch, Schuld und Haftung, Bd. 28, Heft 1 d. Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilprozess, herausg. v. Fischer, München 1914, S. 36.

möglich, als die Schuld übertragbar ist. Es müsste zwischen übertragbaren und nicht übertragbaren Schuldverhältnissen unterschieden und für letztere entweder eine Haftung des Ehemannes ohne Schuld oder dann eine bürgschaftsähnliche Schuld angenommen werden; eine Differenzierung, für welche sich im Gesetz keine Anhaltspunkte finden, und die wohl auch gar nicht gewollt ist. Dass aber seine Verpflichtung generell als bürgschaftsähnliche aufzufassen wäre¹⁾, geht ebensowenig aus dem Gesetz hervor.

Auch Art. 222 ist für eine solidarische Mitverpflichtung des Ehemannes nicht schlüssig. Grundsätzliche Schuldentrennung schliesst nicht aus, dass Betreibungen für Schulden der Ehefrau, für welche das Gesamtgut in Anspruch genommen werden will, gegen den Ehemann als Verwalter des Gesamtgutes gerichtet werden müssen, gleich wie bei der Inanspruchnahme eingebrachten Gutes bei Güterverbindung. Auch der Drittpfandeigentümer gilt nach heutiger Anschauung als Betriebener und nimmt in der Betreibung Schuldnerstellung ein, ohne dass daraus eine eigene Verpflichtung für die durch das Pfand sichergestellte Drittschuld abgeleitet würde. Indem zudem Art. 68 bis SchKG bestimmt, dass Betreibungen für Schulden der Ehefrau, für welche der Gläubiger auf das Gesamtgut greifen will, gegen den Ehemann als Vertreter der Ehefrau sowie gegen die Ehefrau persönlich zu richten sind, kann daraus auf eine direkte Ablehnung mindestens einer solidarischen Mitverpflichtung des Mannes geschlossen werden; denn sonst müsste eine direkte und persönliche Belangung des Ehemannes als Schuldner und nicht nur als Vertreter der Frau vorgesehen sein²⁾.

Eine Mitverpflichtung des Ehemannes mit primärem oder sekundärem, bürgschaftsähnlichen Leistungsinhalt ergibt sich somit nirgends ausdrücklich aus dem Gesetz, noch wird eine solche als gegeben vorausgesetzt³⁾. Dagegen steht die Auffassung einer Haftung des Mannes ohne eigene Schuld in vollständiger Uebereinstimmung mit dem Gesetzestext. Das eingebrachte Gut beider Ehegatten geht unabgegrenzt im Gesamtgut auf; es tritt während des Bestehens der Gütergemeinschaft nicht mehr als Sondervermögen hervor und kann weder von den Ehegatten noch ihren Gläubigern als Sondervermögen beansprucht werden⁴⁾. Dafür wird den Gläubigern das Gesamtgut, in welchem das Eingebrachte ihres Schuldners aufgegangen ist, unausgeschieden als Exekutionssubstrat zur Verfügung gestellt. Diese Haftung des

1) So Cuttat 72.

2) Siehe hiezu auch S. 65.

3) Auch in den Erläuterungen ist konsequent nur von einer Haftung des Mannes die Rede und finden sich keine Anhaltspunkte für eine solidarische oder subsidiäre Verpflichtung. Vgl. Erl. S.211, 213, 214 ff.

4) Die Ehegatten besitzen in Konkurs und Pfändung kein Aussonderungsrecht, Art.224, das etwa Gläubiger für sie, an ihrer Stelle, geltend machen könnten. Auch im Todesfalle haben die Gatten nur einen obligatorischen Anspruch auf die von ihnen eingebrachten Werte, unter Anrechnung an ihren Gesamtgutsanteil, Art.228.

Gesamtgutes wird mit Rücksicht auf dessen Verwaltung durch den Ehemann dadurch erweitert, dass er für sämtliche das Gesamtgut belastenden Verbindlichkeiten auch mit seinem Einhandsgut, unbeschränkt, persönlich haftet, während die persönliche Haftung der Ehefrau, auf die von ihr begründeten Verbindlichkeiten beschränkt bleibt. So bewirkt die Gütergemeinschaft eine Haftungsgemeinschaft, nicht aber einen Schuldübergang und solidarische oder subsidiäre Mitverpflichtung des andern Ehegatten¹⁾. Es bleiben also auch bei der Gütergemeinschaft die Schulden, soweit eheliches Güterrecht in Frage kommt²⁾, grundsätzlich getrennt³⁾.

Schliesslich bewirken auch die Art. 206 Ziff. 3 / 207 Abs. 2, 219 Ziff. 2/ 220 Abs. 2 und 243 Abs. 3 keinen Schuldnerwechsel, in dem Sinne, dass sich die Ehefrau nach allgemeinem Vermögensrecht verpflichten, der Ehemann aber nach ehelichem Güterrecht in dieses Schuldverhältnis eintreten würde; die Ehefrau handelt als Vertreterin der ehelichen Gemeinschaft, so- dass die Schuld von vornherein in der Person des Ehemannes ent- steht, er direkt verpflichtet wird, mit subsidiärer Schuldpflicht der Ehe- frau. Trotz der Stellung im Gesetz handelt es sich hiebei nicht um eine Wirkung der Güterstände der Güterverbindung, Gütergemeinschaft und Gü- tertrennung, sondern um eine Wirkung des ehelichen Verhältnisses als sol-

1) Auch Egger spricht in Art. 219 N. 3 von Solidarhaftung des Mannes.

2) Die Vermögensgemeinschaft wird häufig dazu führen, dass sich die Ehegatten durch obligatorischen Vertrag gemeinsam und solidarisch verpflichten.

3) Auch der Wortlaut des BGB zwingt u. E. nicht zur Annahme einer Mitschuldnerschaft des Mannes. Es spricht wie das ZGB durchwegs von "Haftung" (§§ 1459-62) und definiert in § 1459 Abs. 1 die Gesamtverbindlichkeiten als Verbindlichkeiten, für welche die Gläubiger des Mannes, in bestimmten Fällen auch diejenigen der Ehefrau, aus dem Gesamtgut Befriedigung verlangen können. Sie werden also nicht etwa als persönliche Verpflichtungen des Mannes definiert, woraus sich seine persönliche Haftung ohne weiteres ergeben würde. Wenn daneben Abs. 2 in Satz 1 bestimmt, der Mann hafte auch persönlich "als Gesamtschuldner", so kann damit sehr wohl nur die Art und Weise seiner Belangbarkeit, das Verhältnis seiner Haftung zu derjenigen der Ehefrau und des Gesamtgutes in Analogie zur Gesamtschuldnerschaft (Solidarität) umschrieben sein.

Abweichend von ZGB und BGB erwähnt der Code civil bei der Bestimmung der Gesamt- gütobjekte auch die Passiven, Art. 1409. Art. 1410 besagt indessen, dass "la communauté ... est tenue des dette mobilières ...", Art. 1411, dass "les dettes des successions ... sont pour le tout à la charge de la communauté ...", dass "les créanciers de la succes- sion peuvent poursuivre leur paiement soit sur tous les biens propres au mari soit même sur ceux de la communauté" (Art. 1412 al. 2); ähnlich Art. 1416, 1419, 1420. Auch die Art. 1481-1487 unterscheiden deutlich zwischen den Schulden und der Belang- barkeit der ehelichen Güter, d.h. aber zwischen Schuldpflicht und Haftung. Eine solidarische Mitverpflichtung des Ehemannes wird nirgends ausdrücklich erwähnt, wie es doch sonst nahe- liegend wäre. Indem ferner die Gläubiger aus dem Gesamtgut Befriedigung verlangen können, bestimmte Verbindlichkeiten das Gesamtgut belasten, kann sinnvoll von "Passiven des Ge- samtgutes", eines Vermögens überhaupt gesprochen werden, ohne dass darunter notwendi- gerweise Gesamtverpflichtungen verstanden sein müssen. Es bietet u. E. daher auch der Code civil keine unbedingt zwingenden Anhaltspunkte für eine Mitverpflichtung der Ehe- gatten bei Gütergemeinschaft.

chem (Art. 160 Abs. 2)¹⁾; güterrechtlich ist lediglich die Einreihung dieser Verpflichtungen unter die Vollschnlden der Ehegatten.

c) Unveränderlichkeit der Schuldverpflichtungen bei Güterstandswechsel.

Ist der erstmalige Eintritt güterrechtlicher Beziehungen ohne Einfluss auf die bestehenden Schuldverpflichtungen, so folgt daraus, dass ein nachträglicher Güterstandswechsel während der Ehe sie ebenfalls nicht modifiziert²⁾. Art. 206 Ziff. 1, 207 Ziff. 1, 219 Ziff. 1, 220 Ziff. 1, 243 Abs. 1 und 2 gelten nicht nur bei Eingehung der Ehe, sondern auch bei späterem Uebergang zu Güterverbindung, Gütergemeinschaft und Gütertrennung³⁾. Es findet weder beim Eintritt güterrechtlicher Beziehungen durch die Eheschliessung noch bei Güterstandswechsel während der Ehe aus güterrechtlichen Gründen ein privativer oder kumulativer⁴⁾ Schuldübergang statt. Der Gläubiger behält ungeachtet des speziellen Güterstandes seinen Schuldner bei, und es berührt der Güterstandswechsel ausschliesslich die Haftung und deren Geltendmachung in der Zwangsvollstreckung⁵⁾.

d) Schuldnerwechsel als Folge güterrechtlicher Eigentumsverschiebungen.

Möglich ist dagegen, dass der durch eine Güterstandsänderung herbeigeführte Vermögensübergang zu einem Schuldübergang führt, soweit die Schulden in besonderer Weise mit den den Eigentümer wechselnden Vermögensobjekten verbunden sind. Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag gehen mit dem versicherten Gegenstand auf den neuen Eigentümer über, Art. 54 VVG. Der Uebernehmer einer Liegenschaft wird Schuldner einer Grundlast oder Gült, Art. 782, 851 Abs. 1 und 2, einer Grunddienstbarkeit, Art. 730 ff., mit einem Vorkaufs- Rückkaufs- oder Kaufrecht Belasteter, Schuldner öffentlichrechtlicher mit dem Grundstück verbundener Lasten (z.B. öffentlichrechtlicher Vorzugslasten). Dagegen geht eine durch Schuld-

1) "Die subsidiäre Haftung der Frau für die Haushaltsschnlden ist zwar bei jedem einzelnen Güterstand besonders aufgestellt ..., gehört aber ihrem Wesen nach zu den allgemeinen, unabhängig vom Güterstand eintretenden Wirkungen der Ehe", Schucany, Mitabschluss eines Schuldvertrages durch die Ehefrau, Diss. Zürich 1916, S. 19 Anm. 2. Vgl. hiezu auch S. 5 dieser Arbeit.

2) Für das intertemporale Recht Mutzner, ZSR 34, 280/81, allgemein Bosshardt 57 lit.a.

3) Egger, Art. 207 N. 3, Gmür, Art. 206 N. 15, 207 N. 17, 219 N. 16, Schweizer 38, Bosshardt 58.

4) Anders, wie gesehen und noch zu zeigen sein wird, die herrschende Ansicht bei Uebergang zu Gütergemeinschaft (solidarische Mitverpflichtung des Mannes) und bei güterrechtlichem Vermögensübergang infolge Güterstandswechsels und güterrechtlicher Auseinandersetzung (subsidiäre bürgschaftsähnliche Nebenverpflichtung des Vermögensempfängers, Art. 188 Abs. 2). Vgl. hiezu S. 80.

5) Hierüber § 8 (S. 59 ff.) und 3. Teil (S. 78 ff.) dieser Arbeit.

brief oder Grundpfandverschreibung gesicherte Schuld nur auf den Uebernehmer der Liegenschaft über, wenn dies im Ehevertrag oder Liquidationsvertrag so vereinbart ist und der Gläubiger den neuen Eigentümer als Schuldner annimmt, Art. 832¹⁾. Auch die Verpflichtung zur Verzinsung der Grundpfandforderungen geht nicht etwa auf Grund der ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechte auf den Ehemann über; es besitzt lediglich die Ehefrau einen Anspruch gegen den Ehemann auf Befreiung von dieser Verpflichtung während der Dauer der ehemännlichen Verwaltung und Nutzung, Art. 200, 201 in Verbindung mit Art. 765, 766²⁾. Der Erwerber einer nicht voll einbezahlten Namenaktie wird erst Schuldner der Nachleistungspflicht, wenn er aktienrechtlich durch Eintragung im Aktienbuch als Aktionär anerkannt ist, Art. 687 OR. Betrifft der Vermögensübergang ein ganzes Vermögen im wirtschaftlichen Sinne oder ein Geschäft, so bedarf es der Vereinbarung der Schuldübernahme im Ehe- oder Auseinandersetzungsvertrag und ausreichender Bekanntmachung. Da ein Schuldübernahmeversprechen keiner Form bedarf, kann es auch stillschweigend gegeben werden. Eine solche stillschweigende Uebernahme ist jedoch nicht anzunehmen, wenn der Vermögens- oder Geschäftsübergang die gesetzliche Folge eines allgemeinen Güterstandswechsels ist; so, wenn durch Vereinbarung allgemeiner Gütergemeinschaft ein Geschäft aus dem Einhandsgut eines Ehegatten ins Gesamtgut übergeht oder eine ein Geschäft umfassende Gütereinheit durch Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes aufgehoben wird, Art. 189³⁾. Wohl aber, wenn ein Geschäftsvermögen Gegenstand eines speziellen Ehevertrages oder Auseinandersetzungsgeschäftes ist (Uebertragung zu Alleineigentum des Mannes, Art. 199, beschränkte Gütergemeinschaft an einem Geschäftsvermögen, Art. 237, Geschäft als Ehesteuer unter Güterverbindung, Gütergemeinschaft oder Gütereinheit, Art. 247, Ausschluss eines Geschäftes aus dem Gesamtgut und Uebertragung ins Einhandsgut eines Ehegatten). In einem solchen Falle ist auch in der Registrierung und Publikation des Ehevertrages eine genügende Bekanntmachung der Uebernahme zu erblicken. Aber auch hier ist der Schuldübergang nicht die güterrechtliche Folge der Güterstandsänderung, sondern er tritt ein, weil die Ehegatten zugleich mit dem Ehevertrag die besondere Absicht eines Verkehrsgeschäftes verfolgen, dessen Voraussetzungen der Ehevertrag gleichzeitig erfüllt.

Wo demnach bei einer Güterstandsänderung ein Schuldübergang stattfindet, handelt es sich ausnahmslos um die obligationen- oder sachenrechtliche Folge einer güterrechtlichen Eigentumsverschiebung oder es ist die Güterstandsänderung bezw. der Ehevertrag

1) Nussbaum, ZBGR 17, 109. Stand die Liegenschaft vor dem Uebergang zu Gütergemeinschaft im Alleineigentum des Mannes, so bedarf es zur solidarischen Mitverpflichtung der Ehefrau als Grundpfandschuldnerin der speziellen Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 177 Abs. 3. Nussbaum a.a.O.

2) Leemann, Art. 765 N. 10, 766 N. 9

3) Vgl. indessen Becker, Art. 181 OR, N. 6.

die güterrechtliche Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Verkehrsge-
schäfts zwischen den Ehegatten. Das Ehegüterrecht selbst ist ohne Einfluss
auf die Person des Schuldners.

§ 7. Die Vertretung der Ehefrau im Prozess um eingebrachtes Gut und Gesamtgut.

a) Die Tragweite des Art. 168 Abs. 2 bei der Güterverbindung.

Wie die Handlungsfähigkeit der Ehegatten durch das eheliche Güterrecht
nicht beeinträchtigt wird, so bleibt grundsätzlich auch die Prozessfähigkeit,
d.h. die prozessuale Handlungsfähigkeit, die Fähigkeit, einen Prozess selbst
zu führen oder durch einen selbst bestimmten Vertreter führen zu lassen,
unberührt. Insbesondere ist die Ehefrau unter jedem Güterstand prozessfä-
hig, Art. 168 Abs. 1¹⁾.

Nach Abs. 2 hat indessen der Ehemann im Rechtsstreit mit Dritten um
das eingebrachte Gut die Ehefrau zu vertreten²⁾. Es wird dadurch nicht ihre
Handlungsfähigkeit als solche beschränkt, wohl aber werden analog den gü-
terrechtlichen Verfügungsbeschränkungen einzelne Objekte ihrer Prozess-
führungsbefugnis entzogen³⁾. Als Einschränkung gegenüber dem Grundsatz
des Abs. 1 ist Abs. 2 restriktiv zu interpretieren.

Nach den Entwürfen und der älteren Praxis war der Mann nicht nur
gesetzlicher Vertreter, sondern selbst Prozesspartei⁴⁾. Die neuere Praxis
und Literatur stehen auf dem Standpunkt einer gesetzlichen Vertretung⁵⁾.
Dafür spricht schon der Wortlaut des Gesetzes, aber auch der Zweck dieser
Bestimmung. Abs. 2 findet seine Rechtfertigung in den Nutzungs- und Ver-
waltungsrechten des Ehemannes am eingebrachten Frauengut⁶⁾, die durch
mangelhafte Prozessführung seitens der Ehefrau, Klageanerkennung, Ver-
gleich oder Prozessabstand gefährdet werden könnten, indem dadurch ein-
gebrachtes Gut gänzlich entzogen oder mit dinglichen oder obligatorischen
Rechten belastet werden kann. Die Rechte des Mannes erscheinen aber ge-

1) Nach Wieland, ZSR 18, 388 bedeutet Art. 168 Abs. 1 nur eine Bekräftigung der Hand-
lungsfähigkeit gegenüber den kantonalen Rechten.

2) Und zwar sowohl im Aktiv- wie im Passivprozess. Egger, Art. 168 N. 5, Gmür, Art.
168 N. 6. a.A. Mattli, Die Rechts- u. Handlungsfähigkeit der Ehefrau, 123, der entsprechend
dem deutschen Recht Art. 168 nur auf die Aktivprozesse anwenden will.

3) Lotz, ZSR 38, 437, Mattli, a.a.O. 79 ff., Seifert 5 und die S. 4 Anm. 17 zit. Literatur,
Panchaud 66, Sträuli-Hauser, Zürcherische ZPO, § 30 N. 4.

4) BGE 39 II 89, 45 II 112. Vgl. auch Seifert 16 ff.

5) BGE 51 II 272, Bern. App. Hof, ZBJV 75, 535, Kantonsgericht St. Gallen, SJZ 19, 201,
Seifert 16 ff., Sträuli-Hauser a.a.O. § 30 N. 4, Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht, Bd. 1,
145, Guhl, ZBJV 62, 437.

6) BGE 51 II 273.

nügend gewahrt, wenn ihm eine gesetzliche Vertretung eingeräumt wird. Weiterzugehen besteht kein Anlass und wäre mit den Rechten des Mannes am eingebrachten Gut der Ehefrau nur schwer vereinbar. Insbesondere ist die Parteistellung nicht erforderlich, um ein Urteil gegen die Ehefrau auch gegen den Ehemann wirksam werden zu lassen. Die ehemännliche Nutzung des Frauengutes besteht in jedem Fall nur soweit, als nicht dingliche und obligatorische Rechte Dritter an den Frauengutsobjekten bestehen; sie ist im Gegensatz zur sachenrechtlichen Nutzniessung rein subsidiär. Ein für oder gegen die Ehefrau wirksames Urteil wirkt daher ohne weiteres auch für oder gegen den Ehemann, ohne dass ihm im Prozess Parteistellung zukommen muss. Geht aber der Rechtsstreit um Rechte und Pflichten, die direkt aus der ehemännlichen Verwaltung und Nutzung erwachsen, so besitzt der Ehemann schon nach allgemeinen Grundsätzen die Sachlegitimation¹⁾.

Die Prozessführungsbefugnis des Mannes entspricht der ehemännlichen Verwaltung des Frauengutes, solange sich der Ehemann durch und im Prozess auf die Wahrung der Rechte der Ehefrau beschränkt. Dagegen geht der Abschluss von Vergleichen, der Klagerückzug und die Anerkennung, wodurch Rechte ganz oder teilweise als nicht bestehend oder Drittrechte ganz oder teilweise als bestehend anerkannt werden, möglicherweise über den Begriff der Verwaltung hinaus. Es wird dadurch unter Umständen über Rechte der Ehefrau prozessual verfügt²⁾, und es stellt sich die Frage, ob Art. 168 Abs. 2 den Ehemann auch zu solchen aussergewöhnlichen prozessualen Handlungen ermächtigt, oder ob er hiezu gemäss Art. 202 Abs. 1 der Zustimmung der Ehefrau bedarf. Die Frage ist in der Literatur umstritten³⁾ und ist bisher von der Praxis nicht entschieden worden.

Art. 168 handelt ganz allgemein von der Prozessfähigkeit der Ehefrau als Teil der Handlungsfähigkeit und macht dann in Abs. 2 eine Einschränkung für Prozesse um eingebrachtes Gut. Daraus darf aber nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass Abs. 2 als Spezialbestimmung den Vorschriften des Güterrechts vorgehe und die prozessualen Befugnisse des Ehemannes abschliesslich ordne⁴⁾. Trotz der Stellung im fünften Titel über die allgemei-

1) Mattli 123. Es darf aus Art. 168 Abs. 2 nicht geschlossen werden, dass der Ehemann auch in diesen Fällen nur als Vertreter handle (so scheinbar Gmür, Art. 168 N. 11); denn hier macht er eigene Rechte geltend, dort solche der Ehefrau.

2) Seifert 26/27 betrachtet diese Akte im Anschluss an Lotz 431 und Hellwig (zit. bei Lotz) als Mittelding zwischen Verwaltung und Verfügung.

3) Im ersteren Sinne die herrschende Auffassung. Egger, Art. 168 N. 7 (immerhin mit etwelchen Bedenken), Gmür, N. 12, Mattli 124, Lotz 431, Wieland, ZSR 18, 390, Göschke, ZBJV 52, 484, Panchaud 39, Seifert 36, 39. a.A. Giesker-Zeller, ZBJV 47, 579, Bartholmès 145, Schweizer, ZSR, 47, 97a; ebenso die deutsche Literatur und Praxis. Vgl. insb. Reichsgericht Bd. 77 Nr. 11 (abgedruckt in Jour. Trib. 60, 446) und die bei Jonas, ZPO (16. Aufl. 1938) § 52 V A u. in Anm. 22 zit. Praxis.

4) Wenn Seifert die Zustimmung der Ehefrau deswegen als nicht erforderlich betrachtet, weil Art. 168 Abs. 2 den Prozess so einfach als möglich regeln wolle und daher den ganzen Prozess in die Hände des Mannes lege, so ist das eben gerade die Frage, ob dem Gesetz eine solche Absicht zugrunde liegt.

nen Wirkungen der Ehe stellt Abs. 2 eine güterrechtliche Sondervorschrift für den Güterstand der Güterverbindung dar¹⁾. Sodann sind die güterrechtlichen Normen im Verhältnis zu den Vorschriften des fünften Titels ebenfalls als spezielle zu betrachten, sodass hier nicht der Gegensatz von spezieller zu genereller Norm besteht, sondern das Verhältnis mehrerer Spezialvorschriften zu einander zu bestimmen ist. Abs. 2 ist in den Zusammenhang der Normen über die Güterverbindung zu stellen und aus diesem heraus zu interpretieren. So gesehen, regelt nun Abs. 2 zunächst nur die Konkurrenz zwischen Art. 168 Abs. 1 und Art. 200 Abs. 1, wobei er gegenüber der allgemeinen Prozessfähigkeit der Ehefrau die Verwaltungsrechte des Mannes am eingebrachten Frauengut vorbehält, entsprechend der Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau ausserhalb des Prozesses²⁾ (Art. 200 Abs. 1, 202 Abs. 1). Die Prozessfähigkeit wird beschränkt, um die Rechte des Ehemannes am Frauengut gegenüber prozessualen Verfügungen der Ehefrau oder mangelhafter Prozessführung zu wahren. Abs. 2 findet darin seine Begründung³⁾, aber auch seine Schranke. Es darf nicht zum Nachteil der Ehefrau über diesen Vorbehalt der ehemännlichen Verwaltung hinausgegangen und dem Ehemann gleich noch und entgegen den Grundsätzen des Art. 202 das Recht, prozessual über Frauengut zu verfügen, eingeräumt werden. Weder die Interessen des Ehemannes noch des prozessierenden Dritten lassen eine solche Ausdehnung der ehemännlichen Befugnisse als erforderlich erscheinen; denn es bedeutet die allenfalls erforderliche Zustimmung der Ehefrau keine solche Erschwerung des Prozesses, dass aus Verfahrensgründen Abs. 2 im Sinne einer allgemeinen Ermächtigung des Ehemannes ausgelegt werden müsste. Wohl aber schafft das Erfordernis der Zustimmung eine klare Situation zwischen den Ehegatten, indem der Ehemann nachher nicht mehr für einen Rechtsverlust verantwortlich gemacht werden kann und die Ehefrau nicht auf die beschränkte Möglichkeit der Nebenintervention und der Geltendmachung einer Ersatzforderung gegen den Ehemann verwiesen werden muss, wobei sie gegenüber einer rechtskräftigen Prozesserledigung nachzuweisen hat, dass die Anerkennung, der Klagerückzug oder der Vergleich ungerechtfertigt war⁴⁾. Die Mitwirkung der Ehefrau entspricht den Grundzügen des Güterstandes der Güterverbindung, während eine andere Auslegung des Abs. 2

1) Es wurde oben schon mit Bezug auf Art. 177 Abs. 2 festgestellt, dass das Gesetz die Trennung der Vorschriften über das eheliche Güterrecht von denjenigen über die allgemeinen Wirkungen der Ehe aus Gründen des engen sachlichen Zusammenhangs nicht konsequent durchgeführt hat.

2) Ebenso Giesker-Zeller, a.a.O.

3) BGE 51 II 273, Reichsgericht, a.a.O.

4) Dass das Resultat einer Verfügung mit Rücksicht auf die Verhandlungsmaxime im Zivilprozess leicht auch durch mangelhafte Prozessführung und Herbeiführung eines unrichtigen Urteils erzielt werden kann (Seifert 27), ist kein Argument gegen die hier vertretene Auffassung. Es rechtfertigt nicht, die Ehefrau generell auf die Möglichkeit einer Ersatzforderung zu verweisen.

diese Ordnung durchbricht, ohne dass triftige Gründe dies erfordern und ohne ausdrückliche Grundlage im Gesetz. Abs. 2 ist auch in dieser Hinsicht restriktiv und nicht extensiv auszulegen, und es ist daher für prozessuale Handlungen, die materiellrechtlich einer Verfügung über Frauengut gleichkommen, die Einwilligung der Ehefrau zu verlangen.

b) Die Anwendbarkeit des Art. 168 Abs. 2 bei der Gütergemeinschaft.

Auch die weitere in der Literatur streitige Frage, ob sich Abs. 2 auch auf Rechtsstreitigkeiten um Gesamtgut bei allgemeiner oder beschränkter Gütergemeinschaft beziehe¹⁾, ist unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs des Abs. 2 mit dem ehelichen Güterrecht zu beantworten. Bei der Güterverbindung rechtfertigt sich die Vorschrift des Abs. 2 mit Rücksicht auf die Nutzungsrechte des Ehemannes am Frauengut. Es wird ihm eine Befugnis verliehen oder, sofern man schon aus allgemeinen Erwägungen die Prozessführung als zur Verwaltung gehörig betrachtet, eine solche bekräftigt, die ihm angesichts der unbeschränkten Prozessfähigkeit der Ehefrau nicht ohne weiteres zustehen würde. Dieser Grund des Schutzes der ehemännlichen Nutzungsrechte fällt bei der Gütergemeinschaft weg, indem dem Ehemann nicht nur ein subsidiäres Nutzungsrecht, sondern Eigentum zu gesamter Hand am ganzen ehelichen Vermögen zukommt, womit schon nach allgemeinen Grundsätzen im Prozess Parteistellung verbunden ist, sodass sein Mitspracherecht gesichert ist. Wollte man Abs. 2 mit dem von der Literatur mehrheitlich vertretenen absoluten Sinn auf Prozesse um Gesamtgut anwenden, so würde das wiederum auf die Durchbrechung eines Grundprinzips des Güterstandes, des Gesamthandsprinzips bei Verfügungen über das Gesamtgut, zu Ungunsten der Ehefrau hinauslaufen. Art. 168 Abs. 2 soll aber nicht als eine die Rechte der Ehefrau einschränkende Spezialvorschrift, die im speziellen Güterstand der Güterverbindung ihre gute Begründung hat, auf Fälle ausgedehnt werden auf welche er dem Wortlaut nach nicht zutrifft und wofür sachlich keine Notwendigkeit besteht. Abs. 2 ist allein im Interesse des Ehemannes aufgestellt, nicht in demjenigen Dritter an einer einheitlichen Prozessführung. Es ergibt sich damit die analoge Lösung wie bei der Güterverbindung: Solange es sich um die allgemeine Interessenwahrung im Prozess handelt, führt der Ehemann als Verwalter des Gesamtgutes den Prozess in eigenem Namen (als Partei) und im Namen der Ehefrau als ihr gesetzlicher Vertreter²⁾. Geht aber eine prozessuale Handlung über den Rahmen der gewöhnlichen Verwaltung hinaus, so haben die Ehegatten im Prozess um Gesamtgutsrechte gemeinsam zu handeln.

Art. 168 Abs. 2 ist dispositiver Natur. Es steht nichts entgegen, dass

1) Held, SJZ 14, 356, Göschke, a.a.O. 477, 478, 484, Rossel-Mentha 294, Egger, Art. 168 N. 10, Gmür N. 22, Seifert § 9.

2) Insofern wird die Konkurrenz zwischen Art. 168 Abs. 1 und Art. 216 Abs. 1 wie bei der Güterverbindung im Sinne des Art. 168 Abs. 2 entschieden und Abs. 2 analog auf die Gütergemeinschaft angewandt.

die Ehefrau mit Einwilligung des Mannes einen Prozess um ihr Frauengut selber führt¹⁾. Dagegen liegt in einer solchen Zustimmung nicht auch schon die Einwilligung zu prozessualen Verfügungen²⁾. Es ist hiezu eine spezielle Zustimmung erforderlich, die aber auch schon mit der allgemeinen Prozessvollmacht im voraus erteilt werden kann. Daneben ist die Ehefrau zur Prozessführung über Eingebrahtes und Gesamtgut ermächtigt, soweit ihr die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft zusteht³⁾. Die Prozessführung geht jedoch über den Rahmen der Schlüsselgewalt hinaus, sodass sie nur im Falle einer erweiterten Vertretungsbefugnis in Frage kommt, somit ebenfalls auf einer Ermächtigung des Ehemannes beruht (Art. 166).

c) Güterstandsänderung während des Prozesses.

Ein Streitobjekt kann im Verlaufe eines Prozesses die Eigenschaft eingebrahten Gutes gewinnen, durch Verheiratung, Wechsel des Güterstandes mit Uebergang zu teilweiser oder totaler Güterverbindung (Art. 238, 247, 250) oder durch Uebergang des Streitgegenstandes aus einer Vermögensmasse unter Verwaltung der Ehefrau in eine solche unter ehemännlicher Verwaltung und Nutzniessung durch speziellen Ehevertrag. Bei strikter Anwendung des Art. 168 Abs. 2 würde die Ehefrau die Prozessführungsbefugnis, die sie bisher ausübte, verlieren⁴⁾, und es hätte der Ehemann als ihr Vertreter den Prozess weiterzuführen. Umgekehrt würde die Prozessführungsbefugnis des Ehemannes erlöschen, wenn das Streitobjekt im Verlaufe des Prozesses die rechtliche Eigenschaft von eingebrahtem Gut verliert⁵⁾. Wird gleichwohl vom bisherigen Prozessführer weiter prozessiert, so ist das Urteil für den andern Ehegatten nicht verbindlich⁶⁾.

Diese Lösung hat den Vorzug der Konsequenz. Sie wird indessen den prozessualen Verhältnissen nicht gerecht und ist geeignet, zu Rechtsunsicherheit und zu einer Erschwerung der Stellung des Prozessgegners zu führen. Die ordnungsgemässe Vertretung einer Partei durch einen gesetzlichen oder vertraglichen Vertreter ist zwar Prozessvoraussetzung und daher von Amtes wegen durch den Richter zu prüfen⁷⁾. Trotzdem wird es in vielen Fällen

1) BGE 51 II 273.

2) Curti, Art. 168 N. 6, Giesker-Zeller, a.a.O. 590.

3) Giesker-Zeller, a.a.O. 594, 588, Lotz 440.

4) Was auch dem bisherigen Verlust der freien Verfügung über ihr Eingebrahtes entspricht, Art. 202.

5) Seifert 106, Giesker-Zeller, a.a.O. 635.

6) So Seifert 117; Giesker-Zeller 645 will auf das kantonale Prozessrecht abstellen, ob eine prozessuale Handlung des nicht zur Prozessführung Berechtigten nichtig oder nur anfechtbar sei. Für das deutsche Recht Jonas § 53 V.

7) Zürich. ZPO § 50, § 129, St. Gall. ZP Art. 118 und hiezu Lutz, Komm. N. 1, Guldener, Schweiz. Zivilprozessrecht, Bd. 1, S. 147, Wieland, ZSR 18, 390, Göschke, ZBJV 52, 487, Bern. App. Hof, ZBJV 51, 39, 75, 534. - a.A. Seifert 109 u. ff., insb. 114, indem er die Pro-

vorkommen, dass der nachträgliche Wegfall der Prozessführungsbefugnis trotz Publikation der Güterstandsänderung dem Richter wie den Parteien, auch dem prozessierenden Ehegatten entgeht¹⁾, weil die Aenderung durch Ereignisse eintreten kann, die mit dem Prozess und Prozessgegenstand in keinem Zusammenhang stehen (z.B. Wohnsitzwechsel, Art. 250), und anderseits die güterrechtlichen Regeln nicht klare, eindeutige Verhältnisse schaffen, dass aus der Tatsache des Eheschlusses oder der Publikation einer Güterstandsänderung mit Zuverlässigkeit auf die rechtliche Stellung des Prozessgegenstandes innerhalb der ehelichen Vermögen geschlossen werden könnte. Es würde die Stellung des Prozessgegners übermässig erschwert, wenn man einem Urteil mangels gesetzlicher Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann die Wirkung für den Ehemann, wegen unberechtigter Prozessführung durch den Ehemann die Wirkung für die Ehefrau absprechen wollte²⁾. Eine solche Konsequenz ist umso eher abzulehnen, als die Rechtsänderung nur durch die Ehegatten herbeigeführt werden kann und ihnen eine Prüfung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse und der Prozessführungsbefugnis wohl zugemutet werden kann.

Die Lösung ist daher in der Richtung zu suchen, dass die im Zeitpunkt der Streithängigkeit gegebene Prozessführungsbefugnis der Ehefrau durch eine nachträgliche Güterstandsänderung nicht aufgehoben wird, Art. 168 Abs. 2 auf hängige Verfahren keine Anwendung findet³⁾. Die Ehefrau bleibt zur Fortsetzung des

prozessführungsbefugnis nicht als Prozessvoraussetzung, sondern als Element der Sachlegitimation betrachtet. Der Charakter einer Prozessvoraussetzung kann aber nicht deswegen verneint werden, weil die Beziehungen des Ehemannes bzw. der Ehefrau zum Streitgegenstand materiellrechtlicher Natur seien, und sämtliche materiellrechtlichen Beziehungen zur Frage der Sachlegitimation gehörten (so Seifert 112, 113). Dass hier eine materiellrechtliche Beziehung vorfrageweise von Amtes wegen geprüft werden muss, liegt in der Eigenart der Vertretung nach Art. 168 Abs. 2 begründet, da hier nicht das Fehlen der Handlungsfähigkeit oder Prozessfähigkeit einer Person, sondern ein besonderes Rechtsverhältnis mit Bezug auf einzelne Gegenstände zu einer gesetzlichen Vertretung führt.

Nach deutschem Recht ist der Ehemann Partei, womit die Voraussetzungen des § 1380 BGB zur Sachlegitimation gehören und nicht von Amtes wegen zu beachten sind. Jonas, Vorbem. vor § 50 I 1, IV, § 52 V, Seuffert (12. Aufl., 1932) § 52 N. 7 I S. 55 ff., Scheppler, Die Wirkungen der Prozessführung der Frau in Ansehung des eingebrachten Gutes, Diss. München 1909, 30 ff., insb. 34, 39. - a.A. Sydow, § 52 N. 3d.

Prüfung von Amtes wegen hat auch dort stattzufinden, wo nach kantonalem Prozessrecht eine rechtzeitige Einrede der mangelnden Prozessvoraussetzung vor der Einlassung auf die Hauptfrage verlangt wird, weil das Gericht von sich aus zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für ein gültiges Sachurteil gegeben sind; Guldener 150, Art. 168 Abs. 2 kann nicht durch das kantonale Prozessrecht eingeschränkt werden, so, dass sich ein Ehegatte mangels rechtzeitiger Vorfrage nicht mehr darauf berufen könnte.

1) Namentlich auch, wenn sich der Ehegatte durch einen Prozessvertreter vertreten lässt, der auf die Instruktionen seiner Partei angewiesen ist.

2) Seifert 117.

3) So ausdrücklich BGB §§ 1407 Ziff. 1, 1454, 1549, wobei diese Bestimmungen auch bei

Verfahrens befugt; es genügt, wenn der Ehemann gegebenenfalls dem Prozess als Nebenintervenient beitreten kann. Umgekehrt wäre aber eine Fortdauer der gesetzlichen Vertretung durch den Ehemann über das die Vertretung begründende Rechtsverhältnis hinaus, z.B. nach Eintritt richterlicher oder gesetzlicher Gütertrennung (Art. 183, 145, 155), mit der nunmehrigen Rechtsstellung der Ehegatten nicht vereinbar. Seine Prozessführungsbe fugnis erlischt, sobald der Prozessgegenstand die Eigen schaft eingebrachten Gutes verliert¹⁾. Die Wirkung gegenüber dem Prozessgegner richtet sich nach Vertretungsgrundsätzen. Solange der Gegenpartei das Erlöschen der Vollmacht nicht bekannt geworden ist, be rechtigt und verpflichtet der Ehemann die Ehefrau durch seine Handlungen im Prozess; sie kann dem gutgläubigen Prozessgegner den Mangel der Vollmacht nicht entgegenhalten (analoge Anwendung von Art. 34 Abs. 3 OR). Dabei wird der gute Glaube eines vertraglichen Prozessvertreters (Art. 37 OR) und des Prozessgegners nicht schon durch die Publikation eines Güterrechtsregistereintrages zerstört, sondern nur durch das nach den konkreten Umständen gegebene Kennen oder Kennensollen des Registereintrags und sofern aus demselben mit Sicherheit auf das Erlöschen der ehemännlichen Vertretung geschlossen werden kann. Ueberlässt die Ehefrau nach eingetretener Güterstandsänderung dem Ehemann weiterhin die Prozessführung, so ist darin eine stillschweigende Ermächtigung zu erblicken. Der Mangel einer ausdrücklichen Vollmacht ist allenfalls nach prozessualen Vorschriften zu beheben, vermag aber die Wirksamkeit eines Urteils nicht zu beeinträchtigen.

d) Eigentumsänderung am Streitgegenstand durch Güterstandsänderung während des Prozesses.

Sie ist prozessual nicht anders zu behandeln als eine rechtsgeschäftliche Veräußerung des Prozessobjektes während der Dauer des Rechtsstreits. Eine Unterscheidung zwischen Aenderungen auf Grund eines speziellen, nur gerade den Prozessgegenstand betreffenden Ehevertrages und solchen als Folge eines totalen Güterstandswechsels, (z.B. Uebergang von Güterverbindung zu allgemeiner Gütergemeinschaft), wobei im letzteren Falle Eintritt oder Beitritt des neuen Eigentümers auf Grund einer Gesamtrechtsnachfolge angenommen würde, ist nicht am Platz²⁾. Einmal hat eine solche Differenzierung im Bereich des Ehevertrages etwas Willkürliches an sich, da es an einem leistungsfähigen Kriterium zur Abgrenzung des Güterstandswechsels von der Güterstandsmodifikation durch speziellen Ehevertrag

Güterstandswechsel während der Ehe Anwendung finden. Planck N. 2 zu § 1407, Engelmann, § 1407 Anm. 2a S. 332, Scheppler, a.a.O. 22, Jonas § 52 V D.

1) Keine Prolongation des bisherigen Güterstandes hinsichtlich des Prozesses. Giesker-Zeller, ZBJV 47, 637.

2) a.A. Kupfer 57 für den Uebergang zu Gütergemeinschaft.

fehlt¹⁾. Sodann liegen bei der Güterstandsänderung als einer Rechtsänderung zwischen Lebenden nicht die gleichen Verhältnisse wie beim Erbgang vor, und handelt es sich immer nur um eine Nachfolge in die Aktiven, nicht auch die Passiven. Es kann daher nach kantonalem Prozessrecht der nunmehrige Eigentümer in der Regel nur mit Bewilligung des Prozessgegners oder gegen Sicherstellung der Kosten in den Prozess eintreten²⁾, unter Vorbehalt des Rechts der Nebenintervention. Gegen seinen Willen kann der Erwerber dagegen nicht zum Prozess gezwungen werden³⁾. Führt der bisherige Eigentümer den Prozess weiter, so lautet das Urteil auf seinen Namen, wirkt aber auch für und gegen den Rechtsnachfolger⁴⁾. Tritt der neue Eigentümer an die Stelle oder neben die bisherige Prozesspartei, so ergeht das Urteil auf den Namen des nunmehrigen Eigentümers; es entspricht der Tenor des Urteils der Rechtslage wie sie am Schluss des Prozesses bestand⁵⁾, doch bleibt die ausgeschiedene Partei in der Regel nach kantonalem Recht für die Kosten haftbar.

§ 8. Güterstand und Betreibungsverfahren.

Wie das eheliche Güterrecht vom allgemeinen Vermögensrecht abweichende Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten begründet, so modifiziert es auch das Betreibungsverfahren. Das materielle Recht findet seine Ergänzung und Verwirklichung durch das Verfahrensrecht (Prozess und Betreibung)⁶⁾. Dementsprechend hat das Betreibungsrecht den Besonderheiten der Güterstände Rechnung zu tragen; die allgemeinen Verfahrensregeln werden mit Rücksicht auf das güterrechtliche Statut der Ehegatten durchbrochen, um die nach dem einzelnen Güterstand dem einen Ehegatten über das Ver-

1) Vgl. zur Abgrenzung des generellen und speziellen Ehevertrages, des Güterstandswechsels und der Güterstandsmodifikation S. 103, 153 Anm. 1.

2) Zürich § 47 ZPO und hiezu Sträuli-Hauser, Komm., St. Gallen Art. 116 ZP und Lutz, Komm., für das aarg. Recht Keller-Pfisterer 55; im Bundeszivilprozess vgl. Art. 21 Abs. 2 und Botschaft BBl. 1947 Bd. 1, 1007 (vgl. aber auch den Vorbehalt der Gesamtrechtsnachfolge in Art. 17 Abs. 3). Ohne Zustimmung der Gegenpartei ist ein Eintritt möglich in Bern, Wallis, Appenzell ARh.; gänzlich ausgeschlossen haben ihn Solothurn, Waadt, Uri. Die andern Kantone wie Zürich, St. Gallen. Vgl. im einzelnen Kupfer 29 ff., Guldener a.a.O. 206, 276, 278 Anm. 18.

3) Guldener 279.

4) Die Rechtskraftwirkung eines Urteils erstreckt sich vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit an auch auf einen Erwerber. Guldener 276-278. Dies jedenfalls dann, wenn für das Urteil die Rechtslage zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit massgebend ist, Guldener 277. Zweifel ergeben sich dann, wenn das Urteil von der Rechtslage im Zeitpunkt des Urteils ausgeht. Nach Guldener darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass das geltend gemachte Recht nicht mehr dem Kläger oder nicht mehr gegen den Beklagten zusteht, was im Urteil zum Ausdruck zu kommen habe. Guldener 278. Vgl. auch Kupfer 107, 109, 111.

5) Kupfer 105.

6) Vgl. F. Guisan, Jour. Trib. 80 II 111: "Procédure civile ... la clef de voûte de tout le système du droit privé qui est incomplet et même incompréhensible sans elle".

mögen des andern eingeräumten Rechte zu wahren.

a) Die Betreibung gegen den Ehemann als Schuldner.

Der Güterstand ist hier ohne Einfluss auf das Verfahren; es ergeben sich keine güterrechtlich bedingten Abweichungen. Sämtliche Schulden des Mannes sind Vollschulden, und es ist das ehemännliche Sondergut betreibungsrechtlich ohne Bedeutung; es haftet in jedem Fall das gesamte Vermögen des Mannes. Der Güterstand ist nur für die Bestimmung dieses Gesamtvermögens von Bedeutung: Er bestimmt den Umfang des der Pfändung unterliegenden Anteils am Gesamtvermögen der Ehegatten. Dabei ergibt sich bei der Gütergemeinschaft die Besonderheit, dass das Gesamtgut trotz der dinglichen Mitberechtigung der Ehefrau als Einhandsgut des Mannes behandelt wird. Pfändbar ist nicht ein Liquidationsanteil, sondern das Gesamtgut als solches. Die Ehefrau ist nicht Betriebene und geniesst trotz des Eigentumsrechts auch nicht die Rechte des Dritteigentümers von Pfändungsobjekten gemäss Art. 153 SchKG; ebensowenig besitzt sie ein Aussonderungsrecht. Sie ist in der Betreibung des Mannes Drittgläubigerin, als solche immerhin in privilegierter Stellung, Art. 224 ZGB, Art. 111 und 219 SchKG¹⁾.

b) Betreibung der Ehefrau bei Gütertrennung und für Sondergutsschulden.

Entsprechend ihrem alleinigen Verfügungs- und Verwaltungsrecht über ihr Gütertrennungs- und Sondergut ist der Ehemann von jeder Mitwirkung im Verfahren gegen die Ehefrau ausgeschlossen. Sämtliche Betreibungsurkunden sind der Ehefrau allein zuzustellen. Nicht eine Wirkung des Güterstandes sondern der Ehe ist es, dass die Betreibung der Frau, auch für ihre Berufs- und Gewerbeschulden, am Domizil des Ehemannes erfolgt, solange die Ehegatten nicht zum Getrenntleben berechtigt sind oder der Ehemann dauernd im Ausland abwesend ist²⁾. Es gibt kein besonderes Betreibungsdomizil der Berufs- und Gewerbefrau³⁾.

c) Die Betreibung der Güterverbindungsfrau für Vollschulden.

Wie die Ehefrau nicht ohne Einwilligung des Mannes ihr eingebrachtes Gut rechtsgeschäftlich mit Schulden belasten kann (Art. 207 Ziff. 2, 3, 208 Ziff. 2), so kann das Eingebachte auch nicht ohne Mitwirkung des Mannes

1) Es entspricht dies der materiellrechtlichen Befugnis des Ehemannes, das Gesamtgut für seine Verbindlichkeiten unbeschränkt haftbar machen zu können, ohne an die Zustimmung der Ehefrau gebunden zu sein, Art. 219.

2) Panchaud, Jour. Trib. 1937 II 104. Auch das Getrenntleben gemäss Art. 170 ZGB kann zur Begründung eines eigenen Wohnsitzes und Betreibungsforums der Ehefrau führen.

3) Panchaud, a.a.O. 109. Art. 47 Abs. 3 SchKG ist seit der Revision von 1937 auf die einen selbständigen Beruf oder Geschäftsbetrieb führende Ehefrau nicht mehr anwendbar. Ihr Betreibungsforum bestimmt sich nunmehr allgemein nach Art. 46 Abs. 1 SchKG in Verb. m. Art. 23-26 ZGB.

in die Zwangsvollstreckung für Vollschulden (Art. 207) einbezogen werden. Es ist die Betreibung gegen den Ehemann als Vertreter der Ehefrau zu richten, wobei der Ehefrau als Schuldnerin ebenfalls ein Zahlungsbefehl zuzustellen ist, Art. 68bis SchKG.¹⁾ Dabei handelt es sich bei letzterem nicht lediglich um eine weitere Ausfertigung (im Sinne von Art. 18 Abs. 2 Gebührentarif), sondern um einen selbständigen Vollstreckungstitel als unerlässliche Grundlage einer gültigen Betreibung²⁾. System des doppelten Zahlungsbefehls.

Die Funktion dieser beiden Zahlungsbefehle erhellt aus der Betrachtung der Wirkungen eines Rechtsvorschlags: Ein Rechtsvorschlag der Ehefrau als Schuldnerin hemmt die Betreibung überhaupt. Auch wenn der Ehemann einen Rechtsvorschlag unterlassen hat, kann die Betreibung nicht gegen das eingebrachte Gut allein (ohne das Sondergut der Frau) fortgesetzt werden³⁾, wie aus Art. 68bis Abs. 3 geschlossen werden könnte⁴⁾. Es vermag somit auch die Ehefrau die Haftung ihres Eingebrachten durch (ganzen oder teilweisen) Rechtsvorschlag zu bestreiten⁵⁾. Ein Rechtsvorschlag des Mannes vermag dagegen nur die Betreibung in das eingebrachte Gut zu verhindern, nicht aber sie überhaupt zu hemmen, sodass sie auch nicht gegen das Sondergut fortgesetzt werden könnte. Hat die Ehefrau einen Rechtsvorschlag unterlassen, oder ist ein solcher aufgehoben worden, während derjenige des Mannes bestehen blieb, so ist die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung in das Sondergut der Frau möglich⁶⁾; sie vermag also nicht durch

1) Zur Praxis und Literatur bis zur Revision des Art. 68 SchKG vgl. die Uebersicht bei Panchaud, Jour. Trib. 1937 II 99.

2) Es ist daher auch für jeden Zahlungsbefehl die volle Gebühr zu berechnen und ein doppelter Kostenvorschuss zu verlangen, BGE 64 III 75.

3) BGE 58 III 104, 64 III 101; Panchaud Nr. 74 S. 60, Nr. 75 S. 61, S. 70 Nr. 90 a.E., Cuttat 53, 59, 125, 128. Vgl. ferner DZPO § 739.

4) Das Bundesgericht hat die Unvereinbarkeit des Abs. 3 mit den Grundsätzen des Abs. 1 des Art. 68bis festgestellt, BGE 61 III 101.

5) Es wird dies u.a. von Panchaud 51 und in Jour. Trib. 1937 II 106 in Anlehnung an die deutsche Praxis und Literatur bestritten. Wie hier ZR 18 Nr. 140, BGE 64 III 162 (Schuldbetr. u. Konkurskammer), Cuttat 57. Es ist dasselbe Problem wie bei den Verfügungsbeschränkungen; vgl. S 41 ff. Liegt die Haftungsbeschränkung nicht nur im subjektiven Interesse des Ehemannes, sondern der Familie, so muss die Einrede der Haftungsbeschränkung auch von der Ehefrau unabhängig vom Manne erhoben werden können. Sie bestreitet damit teilweise das Recht des Gläubigers, die Forderung auf dem Betreibungsweg geltend zu machen, was durch Rechtsvorschlag zu geschehen hat. Es ergibt sich aus Art. 68bis SchKG, dass der Umfang der Haftung im Einleitungsverfahren festgestellt werden soll; a.A. Panchaud a.a.O., der die Einrede der Ehefrau ins Widerspruchsverfahren verweisen will.

6) Das schliesst allerdings nicht aus, dass von Amtes wegen oder auf Begehren eines Gläubigers gleichwohl eingebrachtes Gut gepfändet wird, BGE 53 III 3, 58 III 185, 61 III 7, 66 III 35; es genügt, dass der Gläubiger die Pfändung verlangt; eine Behauptungs- oder Beweis-pflicht, dass es sich um Sondergut handelt, besteht nicht, BGE 61 III 8. Die Frage, ob die gepfändeten Stücke Sondergut darstellen, ist im Widerspruchsverfahren zu entscheiden; BGE 42 III 103, 53 III 3, 58 III 184, Panchaud 74, Cuttat 169, Göschke ZBIV 49, 670/674, Egger, Art.

Unterlassung eines Rechtsvorschlags oder ausdrückliche Anerkennung einer Vollschuld den Rechtsvorschlag des Mannes zu beseitigen. Es handelt sich somit nicht um zwei getrennte, von einander unabhängige Betreibungen, eine gegen den Ehemann in das eingebrachte Gut, die andere gegen die Ehefrau in ihr Sondergut, wie aus Art. 68bis Abs. 3 geschlossen werden könnte, sondern um eine einheitliche Betreibung gegen die Ehefrau, die erstens nur fortgesetzt werden kann, wenn ein von der Ehefrau als Schuldnerin erhobener Rechtsvorschlag beseitigt ist, und bei welcher zweitens eingebrachtes Gut nur unter der weitem zusätzlichen Voraussetzung gepfändet werden kann, dass der Ehemann nicht Recht vorgeschlagen hat oder sein Einspruch beseitigt worden ist. Auf diese Weise ist jeder Ehegatte in der Lage, seine Rechte unabhängig vom andern zu wahren, wobei ihre Rechtsvorkehren soweit wirken, als ihre Zuständigkeit am Frauenvermögen reicht, innerhalb dieses Bereiches aber jeder Rechtsbehelf zugleich auch dem andern Ehegatten zugute kommt ¹⁾.

Enthält das Betreibungsbegehren keine Angaben darüber, ob für eine Voll- oder Sonderguttschuld betrieben und aus welchem Vermögen Befriedigung verlangt wird, sondern lautet das Begehren einfach auf die Ehefrau als Schuldnerin, so ist eine Vollschuld zu vermuten ²⁾ und vom Betreibungsbeamten ohne weiteres von Amtes wegen ein doppelter Zahlungsbefehl auszustellen ³⁾. Es ist dann Sache des Ehemannes, durch begründeten Rechts-

168 N. 16 (a.A. in 1. Aufl., wo er mit Schweizer 63 annimmt, die Pfändung müsse im Beschwerdeverfahren angefochten werden). Wie die Praxis erkannt hat, stellt auch die Freiheit des eingebrachten Gutes von der Haftung für Sonderguttschulden ein das Pfändungspfandrecht des Gläubigers ausschliessendes zivilrechtliches Vorrecht im Sinne des Art. 106 SchKG dar, BGE 24 I 63 E. 3, 53 III 4, 48 III 221. Dagegen kann in diesem Verfahren die Pfändung nicht mehr damit begründet werden, es hafte das eingebrachte Gut, weil es sich um eine Vollschuld der Frau handle. BGE 42 III 103, 53 III 3, 58 III 184, Panchaud 74, Göschke, a.a.O. - Auch die Ehefrau kann sich auf die Unpfändbarkeit eingebrachten Gutes in einer Betreibung ins Sondergut berufen. Cuttat 169.

1) Rechtsstillstand für den Mann während des Militärdienstes wirkt auch für die Frau, BGE 41 III 275, Egger SJZ 27, 127. Ebenso erstreckt sich die Verlängerung der Gültigkeitsdauer eines Zahlungsbefehls durch ein gegen den einen Ehegatten gerichtetes gerichtliches Verfahren auch auf den gegen den andern Ehegatten erlassenen Zahlungsbefehl. Panchaud 62.

2) Auch wenn materiellrechtlich im ehelichen Güterrecht keine Vermutung zugunsten der Vollschulden besteht. Gmür Art. 207 N. 12, Bartholmès 167, Panchaud 70, Egger Art. 207 N. 5.

3) a.A. Gmür, Art. 207 N. 11a, Panchaud 47 und Jour. Trib. 1937 III 104, Cuttat 11, 56 und SJZ 29, 348, Carry, Sem.jud. 52, 173. Die Kritik Panchauds (und Cuttats) an der hier vertretenen Auffassung erscheint nicht als stichhaltig. Wenn er eine Parallele mit der Geltendmachung eines Pfandrechtes ablehnt, so übersieht er, dass nicht der Umstand, dass der Gläubiger im einen Fall ein Privileg besitzt, während er bei einer Sonderguttschuld eine Haftungsbeschränkung erleidet, das wesentliche Moment ist, sondern dass in beiden Fällen ein Zugriffsrecht auf spezielle Haftungsobjekte oder ein Sondervermögen und nicht das gesamte Schuldnervermögen geltend gemacht wird. Die weitere Frage, ob er hierbei ein Vorzugsrecht besitzt oder nicht, ist eine Frage der Kollokation und Verteilung. (Haab, Probleme d. Revision des SchKG, ZSR 44, 270). Vgl. auch BGE 44 III 145: "Wenn daher das Gesetz die im Zivil-

vorschlag geltend zu machen, dass es sich um eine Sondergutsschuld handelt, Art. 68bis Abs. 2 SchKG. Unbeschränkte Haftung ist die Regel, beschränkte Haftung für unser Recht zweifellos die Ausnahme. Verlangt ein Gläubiger Befriedigung aus speziellen Haftungsobjekten oder aus einem Sondervermögen, so soll dies im Betreibungsbegehren angegeben werden, wobei es genügt, dass der Gläubiger ausdrücklich nur Betreibung gegen die Ehefrau verlangt. Fehlt eine solche Angabe, so ist anzunehmen, dass das gesamte Schuldnervermögen entsprechend der normalerweise bestehenden persönlichen Haftung in Anspruch genommen werden will, und ist ohne weiteres und ohne besonderes Begehren das der Vollhaftung entsprechende Verfahren mit doppeltem Zahlungsbefehl einzuleiten¹⁾. Jede andere Lösung würde die nicht immer leicht zu treffende und im Rechtsbewusstsein keineswegs verankerte Unterscheidung von Voll- und Sondergutsschulden als bekannt voraussetzen. Dies stände im Widerspruch zu der von Panchaud²⁾ mit Recht erhobenen Forderung, dass das Betreibungsverfahren jedermann zugänglich sein soll und keine speziellen Rechtskenntnisse voraussetzen darf. Es kann ohne Gefahr einer Beeinträchtigung wesentlicher Rechte den Ehegatten zugemutet werden, die Einrede beschränkter Haftung mit Rechtsvorschlag gel-

recht begründete Erscheinung der beschränkten Haftung nicht berücksichtigt, so handelt es sich dabei um eine Lücke des Gesetzes, die von der Praxis in dem Sinne auszufüllen ist, dass der Gläubiger angehalten wird, im Betreibungsbegehren das Haftungsobjekt zu bezeichnen, sofern er für eine Forderung mit beschränkter Haftung betreibt". Das Bundesgericht hob in diesem Fall die Betreibung auf, weil der gegen die Ehefrau allein gerichtete Zahlungsbefehl nicht angab, dass allein Sondergut gepfändet werden wollte. Das BG ist später von dieser Praxis abgegangen, indem es erkannte, dass ein nur gegen die Ehefrau ausgestellter Zahlungsbefehl in jedem Fall als Grundlage einer Betreibung ins Sondergut dienen könne, BGE 51 III 92, 145, 53 III 1, 64 III 100 E. 2. Wenn aber das BG im letzt erwähnten Entscheid die gegen die Ehefrau allein fortgesetzte Betreibung aufhob, weil in ihrem Zahlungsbefehl die Angabe enthalten war, dass sie durch ihren Ehemann vertreten werde, so geht dies u.E. zu weit. Die unrichtige Angabe eines Vertreters in der für den Schuldner bestimmten Ausfertigung vermag dem Zahlungsbefehl seine Wirksamkeit nicht zu nehmen. Gibt es von Gesetzes wegen keine Schuld, für die nur das Eingebachte haftet, und damit auch keine nur gegen das Eingebachte gerichtete Betreibung, dann können sich für die Frau gar keine Zweifel über die Bedeutung des Zahlungsbefehls ergeben, wenn der Zahlungsbefehl an sie allein gerichtet ist oder die Betreibung nachher gegen sie allein fortgesetzt wird.

1) Die Entscheidung darüber, ob es sich um eine Voll- oder Sondergutsschuld handelt, könnte auch nicht etwa dem Betreibungsbeamten überlassen werden; denn es ist eine Frage des materiellen Rechts. Es dient wohl der Rechtsverwirklichung, wenn der Betreibungsbeamte den Gläubiger zu einer Erklärung über den Charakter der Schuld anhält (BGE 44 III 146, Gmür Art. 207 N. 11a). Ist darüber keine Angabe erhältlich, so ist von Amtes wegen das der Vollhaftung entsprechende Verfahrensrecht anzuwenden.

2) Diss. 16: "La LP, à la différence des codes de procédures civile et pénale, doit être à la portée du plus simple particulier. Tandis que ces codes-la sont, de par leur nature, destinés à être mis en oeuvre par les seuls hommes du métier... il est au contraire conforme aux intentions du législateur que tout créancier, si ignorant fût-il des questions juridiques, puisse utiliser la procédure d'exécution forcée telle qu'elle est prévue par la LP. - Si les voies d'exécution sont trop compliquées et d'un maniement trop difficile, le législateur aura manqué son but; au lieu de donner une arme au créancier, il favorise le débiteur négligeant ou de mauvaise foi".

tend zu machen, wie es auch dem Charakter der dem Ehemann am Frauengut zustehenden Rechte entspricht¹⁾.

Art. 68bis SchKG spricht nur von der Art und Weise der Einleitung der Betreuung, d.h. von der Zustellung des Zahlungsbefehls. Die gleichen Regeln gelten aber auch für die Zustellung aller folgenden Betreuungsurkunden²⁾. Es sind daher auch die Pfändungsankündigung, Pfändungsurkunde³⁾, Konkursandrohung⁴⁾, Verwertungsanzeige sowie das Konkurserkennntnis sowohl dem Ehemann als auch der Ehefrau zuzustellen, wenn sich die Betreuung auf eingebrachtes Gut, sei es das gesamte Eingebachte oder ein einzelnes dazugehöriges Pfandobjekt⁵⁾, erstreckt. Nur so ist jeder Ehegatte in die Lage versetzt, in jedem Stadium der Betreuung seine Rechte mit den in dem betreffenden Verfahrensabschnitt zu Gebote stehenden Rechtsmitteln zu wahren. Unterbleibt die Zustellung einer Pfändungsankündigung an den Ehemann, so kann die Pfändung eingebrachten Gutes von ihm mit Beschwerde angefochten werden. Ebenso ist eine Pfändung ungültig, wenn nur dem Ehemann, nicht aber der Ehefrau eine Pfändungsanzeige zugegangen ist⁶⁾. Ein nur gegen die Ehefrau ergangenes Konkurserkennntnis bewirkt zwar den Konkurs⁷⁾, doch kann das Eingebachte nicht zur Masse gezogen und verwertet werden, solange die gegen den Ehemann geführte Betreuung nicht ebenfalls bis zum Konkurs gediehen ist. Es bedeutet dies wohl eine gewisse Erschwerung des Verfahrens und verursacht doppelte Kosten, doch ist nur bei strikter Durchführung des Art. 68bis der Rechtslage beider Ehe-

1) Die Zustellung eines doppelten Zahlungsbefehls ohne weiteres Begehren ist auch bei der Betreuung einer Ehefrau für Berufs- und Gewerbeschulden am Platz, da ihre Verbindlichkeiten aus Beruf oder Gewerbe Vollschulden sind, Art. 207 Ziff. 3. Es liegt im Interesse des Ehemannes, zu seiner Orientierung, wenn die Betreuung hierfür nicht nur ins Sondergut erfolgt, weil auch durch eine Sondergutsbetreuung der Konkurs herbeigeführt werden kann. Vgl. hiezu Anm. 7.

2) BGE 64 III 101: "Demnach ist die Betreuung für Vollschulden der Ehefrau durch getrennte Zustellung sämtlicher Betreuungsurkunden an beide Ehegatten durchzuführen". Vgl. ferner Panchaud 27, 72 Nr. 93, 102 Nr. 140, Jour. Trib. 1937 III 105, 107, Schweiz. Jur. Kartothek Nr. 286, Sulser SJZ 35, 5.

3) a.A. Cuttat 187, da dem Ehemann nunmehr einfach die Stellung eines Dritteigentümers eines Pfändungsobjektes zukomme, weshalb er auch keine Verwertungsanzeige erhalte. Es ist indessen auch dem Drittpfandeigentümer eine solche zuzustellen; Jäger Art. 153 N. 5, Art. 155 N. 3, VZG Art. 99, 103.

4) Cuttat 199.

5) BGE 49 III 23.

6) Panchaud, Jour. Trib. 1937 III 105, 107.

7) Panchaud, a.a.O. 109, Cuttat 200, Rüttener 178, Rossel-Mentha 363, Schultheiss 21 ff. a.A. Gmür, Art. 208 N. 12, Egger Art. 208 N. 12 a.E., Schweizer 32 und ZSR 47, 104a. Die Frage der General- oder Spezialexécution hat nichts zu tun mit der materiellrechtlichen Frage nach dem Umfang der Haftung. Beschränkte Haftung mit einem Sondervermögen schliesst die Generalexécution in dasselbe nicht aus, sondern lässt sie gegenteils als wünschenswert erscheinen, um eine angemessene Befriedigung sämtlicher Gläubiger aus den zur Verfügung stehenden beschränkten Mitteln zu erzielen. Wie hier nunmehr BGE 75 III 2 ff.

gatten Genüge getan.

d) Die Betreibung für Vollschulden bei Gütergemeinschaft.

Art. 68bis SchKG bezieht sich seinem Wortlaut nach auch auf die Betreibung der Ehefrau in Gütergemeinschaft, steht damit aber in Widerspruch zu Art. 222. Nach dieser Vorschrift geht die Betreibung für Schulden, die das Gesamtgut belasten, ausnahmslos gegen den Ehemann, ohne dass eine gleichzeitige Betreibung der Ehefrau erforderlich ist; in der Betreibung gegen die Ehefrau kann nur Sondergut gepfändet werden¹⁾. Ist Art. 222 ZGB durch Art. 68bis, der die Zustellung eines Zahlungsbefehls an die Ehefrau und Betreibung des Ehemannes als Vertreter der Frau vorschreibt, aufgehoben worden? Die Frage wird von Ziegler²⁾ und Sulser³⁾ verneint, während Egger und Held⁴⁾ und scheinbar auch Blumenstein⁵⁾ die gegenteilige Ansicht vertreten. Zunächst war es sicher nicht die Absicht des Gesetzgebers, eine Möglichkeit zu schaffen, die Betreibung ins Gesamtgut gemäss Art. 222 mit derjenigen ins Sondergut der Ehefrau zu koordinieren, denn dazu hätte es keiner Gesetzesänderung bedurft; Art. 222 hinderte nicht, gleichzeitig die Ehefrau persönlich in ihr Sondergut zu betreiben. Soll Art. 68bis SchKG mit Bezug auf die Gütergemeinschaft nicht überhaupt gegenstandslos sein, dann ist seine Bedeutung darin zu sehen, dass die Betreibung auf Pfändung des Gesamtgutes für Frauenschulden entgegen Art. 222 ZGB nunmehr von einer gleichzeitigen Betreibung der Ehefrau abhängig gemacht ist. Es war die Tendenz der gesamten Rechtsprechung seit der Einführung des Zivilgesetzbuches, die mit Art. 68bis gesetzlich verankert werden sollte, entsprechend dem materiellen Güterrecht die Zwangsvollstreckung in ein Vermögen, an welchem die Ehegatten als Eigentümer oder Nutzniesser gemeinsam berechtigt sind, nur zu gestatten, nachdem beiden ausreichende Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte geboten worden ist. Das war bisher in Art. 222 mit Bezug auf die Ehefrau nur ungenügend der Fall, indem sie trotz ihres Eigentumsrechts am Gesamtgut und trotz allfälliger Bestreitung einer Schuld die Zwangsverwertung des Gesamtgutes nicht verhindern konnte, wenn der Mann die Schuld anerkannte oder aus Nachlässigkeit einen Rechtsvorschlag unterliess. Art. 68bis verlangt nunmehr die Zustellung eines Zahlungsbefehls auch an die Ehefrau, womit ihr Gelegenheit geboten ist, eine Schuld zu bestreiten. Mit Rücksicht auf die gesetzgeberische Absicht erscheint auch eine alternative Anwendung von Art. 222 und Art. 68bis als ausgeschlossen, könnte doch sonst der mit Art. 68bis verfolgte Zweck ohne weiteres vereitelt und ein Einspruch der Ehefrau umgan-

1) Egger, Art. 222 N. 4, Gmür N. 12, Schweizer 73, BGE 49 III 21; vgl. dazu Cuttat 73.

2) SJZ 27, 177.

3) SJZ 35, 4.

4) SJZ 27, 129 und 308.

5) ZBJV 73, 370.

gen werden. Art. 222 ist daher nur noch auf die Betreibung gegen den Ehemann für eigene Schulden und Schulden des Haushaltes anwendbar, wobei seine spezielle Bedeutung darin zu erblicken ist, dass die Betreibung ins Gesamtgut entgegen dem Gesamthandsprinzip und der dinglichen Mitberechtigung der Ehefrau ohne deren Mitwirkung, etwa analog Art. 153 Abs. 2 SchKG, erfolgt. Im übrigen ist Art. 222 für die Betreibung der Ehefrau durch Art. 68bis SchKG ersetzt^{1, 2)}.

Erfolgt die Zustellung des Zahlungsbefehls an den Ehemann als Vertreter der Frau, so versteht es sich ohne weiteres, dass dieser Zahlungsbefehl nicht zugleich als Grundlage für die Geltendmachung seiner persönlichen Haftung gemäss Art. 219 Ziff. 1 und 3 ZGB dienen kann. Es würde in diesem Fall Befriedigung aus einem Sondervermögen (eines Dritten) verlangt, was gemäss früheren Ausführungen vom Gläubiger ausdrücklich verlangt werden muss. Das Einhandsgut des Ehemannes (Sondergut oder Einhandsgut bei beschränkter Gütergemeinschaft) wird nicht mehr automatisch in die Zwangsvollstreckung für Frauenschulden einbezogen, wie es nach Art. 222 der Fall war, sodass Art. 222 auch in dieser Richtung eine zweckmässige Korrektur und die weitgehende persönliche Haftung des Mannes eine gewisse Milderung ohne Benachteiligung der Gläubiger erfährt. Dagegen steht nichts entgegen, auf ausdrückliches Begehren des Gläubigers den Zahlungsbefehl gleichzeitig auf den Ehemann persönlich und als Vertreter der Ehefrau auszustellen, indem mit der Haftung des Gesamtgutes immer zugleich auch seine persönliche Haftung als Akzessorium gegeben ist, sodass einer Vereinigung der beiden Betreibungen nichts entgegensteht. Umgekehrt wird nunmehr das Einhandsgut der Ehefrau in jedem Fall in die Zwangsvollstreckung für Vollsulden einbezogen, während bisher nach Art. 222 eine besondere Betreibung erforderlich war. Dieses Resultat ist jedoch nicht unbillig und entspricht dem materiellen Recht, indem jede das Gesamtgut belastende Schuld der Frau auch ihr Sondergut belastet (Art. 220), und keiner der Gläubiger einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nur aus dem Gesamtgut hat. Für die Frau besteht kein rechtlich beachtliches Interesse an einer gesonderten Pfändung des Gesamtgutes unter Ausschluss ihres Sondergutes.

1) In der Anwendung des Art. 68bis auf die Gütergemeinschaft kommt wiederum die Ablehnung einer Gesamtschuldnerschaft zum Ausdruck. Vgl. S. 45 ff.

2) Damit ergibt sich auch eine einfache Lösung bei beschränkter Gütergemeinschaft, für die Betreibung gegen die Ehefrau überhaupt, indem sie ohne Rücksicht auf den Güterstand mit doppeltem Zahlungsbefehl eingeleitet werden kann. Gütertrennung oder Sondergutsschuld ist durch Rechtsvorschlag geltend zu machen, Art. 68bis SchKG, während es in allen andern Fällen beim Verfahren mit doppeltem Zahlungsbefehl bleibt. Es wird nicht schon bei der Einleitung nach dem Güterstand differenziert, sondern erst bei der Feststellung des Exekutionssubstrates.

e) Der für das Verfahren massgebliche Güterstand.

Das Betreibungsverfahren richtet sich ohne Rücksicht auf eine abweichende interne Güterordnung nach dem externen Güterstand ¹⁾.

Das hat insbesondere auch in internationalrechtlichen Verhältnissen zu gelten. Für die schweizerischen Betreibungsbehörden ist allein das nach schweizerischem internationalem Privatrecht extern geltende Güterrecht beachtlich, nicht das Güterrecht, das vor der Wohnsitznahme in der Schweiz extern galt und unter den Ehegatten fortbesteht, Art. 19 Abs. 2 NAG. Leben beispielsweise die Ehegatten im Ausland in Gütertrennung, in der Schweiz unter Güterverbindung, wobei sie die Gütertrennung intern beibehalten haben, so kann das eingebrachte Gut der Ehefrau nur nach Massgabe des Art. 68bis SchKG gepfändet werden. Für die Betreibungsbehörden besteht dabei kein Unterschied, ob die Betreibung von schweizerischen oder ausländischen Gläubigern ausgeht, da sie nur schweizerisches Vollstreckungsrecht anzuwenden haben. Es können den Betreibungsbehörden auch nicht Nachforschungen nach dem ausländischen externen Güterstand zugemutet werden.

Es ist daher die Auffassung abzulehnen, dass ein ausländischer Gläubiger nach dem ausländischen Güterstand betreiben, sich aber auch im Sinne einer Vergünstigung auf den schweizerischen externen Güterstand berufen könne ²⁾. Schon im Hinblick auf eine mögliche Konkurrenz in- und ausländischer Gläubiger erscheint eine Differenzierung als ausgeschlossen. Sodann verkennt diese Auffassung die Bedeutung der Unterscheidung von externem und internem Güterrecht. Sie liesse sich nur rechtfertigen, wenn der interne Güterstand den "wahren", "eigentlichen" Güterstand darstellen würde, auf den sich jedermann, der davon Kenntnis hat, berufen könnte, und der unter dieser Voraussetzung jedermann entgegengehalten werden könnte. Weder das schweizerische materielle, noch das intertemporale und internationale Kollisionsrecht unterscheiden nach diesem Gesichtspunkt. Massgebend ist allein, ob es sich um Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten (oder eines Ehegatten mit den Erben des andern, Art. 248 Abs. 2) oder zwischen einem Ehegatten und Dritten handelt, wobei es keine Rolle spielt, ob diesen Dritten ein vom äussern abweichendes internes Güterverhältnis bekannt ist. Sowohl den Ehegatten wie den Dritten ist die Berufung auf den internen Güterstand grundsätzlich verwehrt ³⁾. Für die Betreibungsbehörden existiert daher nur der nach schweizerischem Recht extern massgebliche Güterstand ⁴⁾. Ob sich dann ein Ehemann, welcher in der gegen ihn als Ver-

1) BGE 51 III 146, 54 III 3, Egger, SJZ 27, 126.

2) BGE 44 III 9, Cuttat 62.

3) Vgl. auch S. 7 ff.

4) Eine Durchbrechung dieses Prinzips erfolgt nur mit der Zulassung einer Betreibung zur Durchführung der Auseinandersetzung bei nur interner Gütertrennung. BGE 70 III 58.

treter der Ehefrau gerichteten Betreibung Rechtsvorschlag erhoben hat, der Inanspruchnahme eingebrachten Gutes unter Berufung auf den nunmehrigen externen Güterstand widersetzen kann, oder ob ihm im Hinblick auf das abweichende interne Verhältnis irgendwelche Rechte am eingebrachten Frauengut auch gegenüber Dritten abzusprechen sind, ob ein Gläubiger ferner unter Berufung auf den früheren externen und intern fortbestehenden Güterstand weitergehende Haftungsrechte besitzt (Art. 188, Art. 21 NAG, Art. 11 SchlT), ist eine Frage des materiellen Rechts und daher der Kognition der Betreibungsbehörden entzogen¹⁾.

f) Wechsel des Güterstandes während der Betreibung.

Hat das Zwangsvollstreckungsverfahren der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen und der materiellen Rechtslage Rechnung zu tragen, so folgt daraus, dass sich die Vollstreckung in jedem Stadium nach dem dannzumal bestehenden externen Güterstand zu richten hat. Gehen die Ehegatten im Verlaufe der Betreibung von Gütertrennung zu Güterverbindung oder Gütergemeinschaft über, so ist fortan nach dem System des doppelten Zahlungsbefehls zu verfahren. Gehen die Ehegatten umgekehrt zu Gütertrennung über, so genügt fortan die einfache Zustellung der Betreibungsurkunden²⁾. Ein nach dem im Zeitpunkt des Erlasses bestehenden Güterstand gültiger Betreibungsakt wird durch einen nachträglichen Güterstandswechsel in seiner Wirksamkeit nicht berührt.

Ist eine Ehefrau unter Güterverbindung mit doppeltem Zahlungsbefehl betrieben worden, gehen die Ehegatten aber vor der Pfändung zu Gütertrennung über, so sind alle weiteren Betreibungsurkunden der Ehefrau allein zuzustellen. Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ehemannes entfallen, und dieser Rechtslage entspricht es, wenn nunmehr die Ehefrau ihre Rechte am Frauengut selbständig wahrt. Die weitere Zustellung an den Ehemann stände mit dem materiellen Recht in Widerspruch. Indessen dauert auch nach der Aufhebung der Güterverbindung die Haftungsbeschränkung der Art. 208 und 221 fort. Hat daher der Ehemann Rechtsvorschlag erhoben, der vor dem Güterstandswechsel nicht beseitigt worden ist, so bleibt die dadurch bewirkte Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf das Sondergut auch nach ein-

1) U.E. daher unrichtig BGE 44 III 9. Die Frage des Betreibungsverfahrens darf nicht mit derjenigen nach den aus einem früheren Güterstand entspringenden materiellen Haftungsrechten vermengt werden. Vgl. auch die Kritik Jägers, Praxis Erg. Bd. II, Art. 47 N. 2.

2) Die Zustellung der folgenden Betreibungsurkunden richtet sich somit nicht einfach nach dem im Einleitungsverfahren erwirkten Vollstreckungstitel. Indessen hat der Betreibungsbeamte die Güterstandsänderung nicht von Amtes wegen zu beachten, sondern es ist Sache der Gläubiger oder Ehegatten, die Güterstandsänderung nachzuweisen. Der Betreibungsbeamte hat entsprechend dem vollstreckbaren Zahlungsbefehl vorzugehen, solange nichts anderes verlangt wird.

getretener Gütertrennung bestehen, und es kann sich die Ehefrau auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens der Inanspruchnahme der zum früheren eingebrachten Frauengut gehörenden Vermögenswerte widersetzen¹⁾. Es muss, wenn in das gesamte Frauenvermögen vollstreckt werden will, der Rechtsvorschlag des Ehemannes auch dann beseitigt werden, wenn die Ehefrau selbst nicht Recht vorgeschlagen hat. In diesem Rechtsöffnungsverfahren ist die Ehefrau allein Partei, da nach eingetretener Gütertrennung für eine gesetzliche Vertretung durch den Ehemann im Sinne des Art. 68bis SchKG oder für seine Teilnahme aus eigenem Recht kein Raum mehr ist²⁾.

Dagegen mag es fraglich erscheinen, ob bei nachträglichem Uebergang von Gütertrennung zu Güterverbindung oder Gütergemeinschaft das materielle Recht von nun an eine doppelte Zustellung der Betreibungsurkunden erforderlich macht, oder ob nicht die einfache Zustellung an die Ehefrau als Schuldnerin wie bis anhin genügt. Die ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechte am eingebrachten Frauengut wie die Rechte am Gesamtgut gehen nur soweit, als die Rechte Dritter dies zulassen. Das eingebrachte Frauengut und das Gesamtgut haften ausnahmslos für die vorgüterverbindlichen und vorgütergemeinschaftlichen Schulden der Ehefrau (Art. 207 Ziff. 1, 219, 220 Ziff. 1)³⁾, und es hat der Ehemann die durch Güterstandsänderung in seine Verwaltung und Nutzung gelangenden Vermögenswerte mit allen in diesem Zeitpunkt bestehenden Ansprüchen Dritter, also auch mit den in einem Einleitungsverfahren festgestellten Exekutionsansprüchen zu übernehmen, sodass er sich einer Inanspruchnahme des eingebrachten Frauengutes oder des Gesamtgutes (inklusive seines Einhandsgutes, Art. 219) nicht mehr widersetzen kann⁴⁾. Trotzdem ginge es zu weit, wollte man daraus den Schluss ziehen, dass die Zustellung der Betreibungsurkunden in der Fortsetzung des Verfahrens an ihn unterbleiben könne. Als verantwortlichem Verwalter des

1) S.61 Anm. 5 und S. 95 ff., insb. S.99/100

2) Von einem solchen Verfahren wird in der Regel Umgang genommen werden können, da der Gläubiger trotz des Rechtsvorschlages des Mannes die Pfändung des gesamten Frauenvermögens verlangen kann, S.61 Anm. 6, und die Ehefrau, wenn sie selber keinen Rechtsvorschlag erhoben hat oder damit unterlegen ist, sich der Pfändung kaum widersetzen wird. - Ist von beiden Ehegatten Recht vorgeschlagen worden, so muss das Rechtsöffnungsbegehren ausdrücklich auf Beseitigung des Rechtsvorschlages auf beiden Zahlungsbefehlen, bezw. auf Feststellung einer Vollschuld lauten, auch wenn im Verfahren die in Gütertrennung lebende Ehefrau allein Partei ist.

3) Vgl. S. 50.

4) Nach Cuttat 59 kann in Analogie zu Art. 100 Abs. 1 VZG die Betreibung nur fortgesetzt werden, wenn dem Ehemann nachträglich ein Zahlungsbefehl zugestellt und dieser rechtskräftig geworden ist; so z.B. im Falle der Verheiratung unmittelbar vor der Pfändung. Es liegt hier indessen nicht die gleiche Situation wie in Art. 100 Abs. 1 VZG vor. Beschränkung der Haftung kann nicht geltend gemacht werden (Art. 207, 220); es könnte somit nur noch die Schuld als solche bestritten werden, die aber bereits durch einen rechtskräftig gewordenen Vollstreckungstitel gegen die Frau festgestellt ist, woran auch der Ehemann bei nachträglichem Eintritt von Güterverbindung oder Gütergemeinschaft - die überdies nie ohne Zutun der Ehegatten eintreten können - gebunden ist.

Frauengutes und des Gesamtgutes soll ihm die Möglichkeit gewahrt werden, von den in jedem Stadium des Verfahrens gebotenen Rechtsbehelfen (Beschwerde, Aufschub der Verwertung durch Abzahlungen, vorzeitige Verwertung¹⁾, freihändigen Verkauf etc.) Gebrauch machen zu können, damit er auf eine möglichst schonende und vorteilhafte Verwertung des Frauen- und Gesamtgutes hinwirken oder durch rechtzeitige Vorkehren ausschliessen kann. Es rechtfertigt sich daher, ihm auch nachträglich als Frauengutsverwalter oder Gesamtgutsteilhaber und persönlich Haftendem nach Massgabe des Art. 68bis SchKG die Stellung eines Betriebenen einzuräumen. Eingebrahtes Gut der Ehefrau und Gesamtgut kann daher nur gepfändet oder verwertet werden, wenn auch dem Ehemann eine Pfändungsankündigung oder Verwertungsanzeige zugegangen ist.

Ein nach geltendem Güterstand rechtsgültiger Pfändungs- oder Konkursbeschluss wird durch eine nachträgliche Güterstandsänderung, die einen Eigentumswechsel zur Folge hat, nicht aufgehoben²⁾.

g) Güterstandsänderung und Konkursprivileg.

Ersatzforderungen der Ehefrau für nicht mehr vorhandenes eingebrachtes Gut sind in der Güterverbindung und Gütergemeinschaft zur Hälfte in der vierten Klasse privilegiert, Art. 211, 224 ZGB, Art. 219 SchKG. Dagegen besitzt die Ehefrau in der Gütertrennung, auch wenn sie dem Manne die Verwaltung ihres Vermögens überlässt, keinerlei materielles³⁾ Vorzugsrecht, Art. 244.

Gehen die Ehegatten im Verlauf der Ehe von Güterverbindung (Gütereinheit) zu Gütergemeinschaft oder von Gütergemeinschaft zu Güterverbindung bzw. Gütereinheit über, so geniesst die Ehefrau auch unter dem neuen Güterstand das Privileg für die in der Liquidation des früheren Güterstandes ungedeckt gebliebenen privilegierten Forderungen⁴⁾. Gehen sie von Gütertrennung zu Gütergemeinschaft oder Güterverbindung über, so besteht das Privileg soweit, als unter dem neuen Güterstand Ersatzforderungen begründet werden, nicht aber für aus der Gütertrennungszeit stammende ungedeckt gebliebene Ansprüche. Fraglich ist dagegen, ob die Ehefrau durch den Uebergang von Güterverbindung und Gütergemeinschaft zu Gütertrennung für ihre unter dem bisherigen Güterstand und in der Liquidation desselben entstandenen Frauengutsforderungen gemäss Art. 244 des Privilegs verlustig geht.

1) Nach Cuttat 188 ist der Ehemann nicht berechtigt, Aufschub der Verwertung gegen Abschlusszahlungen oder vorzeitige Verwertung zu verlangen.

2) BGE 45 II 115, ZBJV 48, 282 = SJZ 9, 31. Bei speziellem, das Pfändungsobjekt betreffendem Ehevertrag ergibt es sich schon aus Art. 96 Abs. 2 SchKG, im übrigen aus Art. 188.

3) Wohl aber das Recht auf privilegierten Anschluss, Art. 111 SchKG, als Korrelat des auch bei Gütertrennung zwischen den Ehegatten bestehenden Betreibungsverbotes, BGE 42 III 381 E. 3.

4) Soweit eine solche Forderung überhaupt mit dem neuen Güterstand vereinbar ist.

Während nach der einen Auffassung das Privileg mit der Publikation der Gütertrennung erlischt¹⁾, will es eine andere Richtung solange bestehen lassen, als die Auseinandersetzung billigerweise dauern dürfe²⁾; nach einer dritten Meinung besteht es ohne jede zeitliche Einschränkung³⁾. Sodann erlischt das Privileg nach der einen in der Literatur und Praxis vertretenen Auffassung mit der einmaligen Geltendmachung im Konkurs des Ehemannes⁴⁾ während andere Autoren es auch in einem weitem Konkurs zugestehen wollen⁵⁾.

Das Konkursprivileg ist das Korrelat zu den dem Ehemann durch den gesetzlichen oder ehevertraglichen Güterstand eingeräumten weitgehenden Befugnissen am eingebrachten Frauengut. Soll es seinen Zweck erfüllen, so ist seine Anerkennung bei der Beendigung des Güterstandes sorgfältig auf die dann bestehende Rechtslage abzustimmen.

Zunächst kann der Untergang des Frauengutsprivilegs unmittelbar mit der Publikation der Gütertrennung nicht damit gerechtfertigt werden, dass dieser Zeitpunkt mit dem Endzeitpunkt der Auseinandersetzung zusammenfalle⁶⁾. Nur bei der betriebsrechtlichen Liquidation mit anschliessender Gütertrennung (Art. 182 Abs. 1, 185) geht die Liquidation der Publikation voraus. Bei richterlicher Gütertrennung nach Art. 183 und 184 wird sie durchwegs folgen, und selbst in den Fällen des Art. 145, 169/70 und 155, wo sie durch das Urteil oder die richterliche Massnahme geregelt wird, wird sie meistens doch erst nachher vollzogen. Insbesondere wird sie bei der vertraglichen Gütertrennung im Zeitpunkt der Publikation noch nicht, mindestens nicht vollständig durchgeführt sein, selbst wenn der Gütertrennungsvertrag die Einzelheiten ordnet, weil der Eintrag im Güterrechts-

1) Obergericht Baselland, 20.6.1919, SJZ 17, 332, und Obergericht Zürich, ZR 16 Nr. 81 bei vertraglicher Gütertrennung (anders Ob.Ger.Zürich bei gerichtlicher GT); ohne Einschränkung Blumenstein, Handbuch, 690.

2) BGE 35 II 361, 63 III 94 ff., Bern. App. Hof, ZBJV 58, 277, erstinstanzl. Richter in ZR 16 Nr. 81 (siehe Anm. 1 oben), Jäger, Art. 219 N. 34 (wobei er das Privileg analog dem Privileg 2. Klasse auf ein Jahr befristet), Egger, Art. 189 N. 7 (unter Ablehnung der Jahresfrist Jägers), wohl auch Gmür, Art. 176 N. 6, Vogel, ZBJV 50, 124.

3) Kappeler 17, Saxer 62/63, Erny 91, A. Bosshardt, Das Frauengut im Konkurs des Ehemannes, 94/95.

4) Blumenstein 690, Jäger, Art. 219 N. 34 S. 147, Gmür, Art. 211 N. 25-27, BGE 35 II 361, Bern. App. Hof in ZBJV 53, 305 (unter Ablehnung der früheren Praxis, ZBJV 44, 491 ff., gestützt auf den neuen Wortlaut des Art. 219 SchKG), Ob.Ger. Zürich ZR 34 Nr. 138 (im Gegensatz zu ZR 17 Nr. 158, wo das Privileg in einem 2. Konkurs geschützt wurde).

5) Egger, 1. Aufl., Art. 188 Anm. 3 (in der 2. Aufl. wird die Frage offen gelassen, Art. 211 N. 5), Schultheiss 93, Erny S. 91, Saxer 60 ff., A. Bosshardt a.a.O. 95 (unter Hinweis auf die kant. Gesetze von Baselstadt und Zürich), ferner die ältere Praxis in Zürich und Bern, vgl. Anm. 4.

6) Baselland, SJZ 17, 332, Zürich ZR 16 Nr. 81 für die vertragliche Gütertrennung, mit der Begründung, die gerichtliche Gütertrennung rufe erst der Auseinandersetzung, während die vertragliche sie voraussetze. Vgl. hiezu auch BGE 35 II 360/61, 63 III 96.

register überhaupt erst die Grundlage für die Vornahme der Auseinandersetzung mit Wirksamkeit für Dritte schafft¹⁾. Dazu kommt der Umstand, dass die Ehefrau nur beim ausserordentlichen Güterstand und erst mit dessen Publikation in die Lage versetzt ist, ihre Forderungen nötigenfalls zwangsweise durchzusetzen, Art. 176²⁾. Bei vertraglicher Gütertrennung ist ihr diese Möglichkeit versagt. Es wäre daher auch in hohem Grade inkonsequent, die vorherige Auseinandersetzung zu verlangen, gleichzeitig aber die Mittel hierzu zu versagen. Es widerspräche dem mit dem Institut des Ehevertrages während der Ehe verfolgten gesetzgeberischen Zweck, wenn die vertragliche Güterstandsänderung schlechter behandelt würde als die richterliche und die Ehegatten gezwungen würden, um dem Verlust des Privilegs zu entgehen, auch dort die Hilfe des Richters in Anspruch zu nehmen, wo sonst eine Regelung auf vertraglichem Wege möglich wäre.

Das Privileg kann aber auch nicht deswegen abgesprochen werden, weil es sich nach Eintritt der Gütertrennung nicht mehr um eine Forderung für eingebrachtes Frauengut handle, da kein eingebrachtes Gut mehr als Sondervermögen existiere. Es sind nach wie vor Forderungen "für ihr nicht mehr vorhandenes ... Frauengut", Art. 219 SchKG, und sie verlieren diesen Charakter auch nicht durch die Anschlusspfändung oder die Eingabe im Konkurs³⁾. Ebensowenig dadurch, dass sie nicht mehr gegen das bisherige eheliche Vermögen, sondern gegen ein neues, der Gütertrennung unterstehendes Vermögen geltend gemacht werden⁴⁾. Für die Privilegierung entscheidend ist der Zeitpunkt und Grund ihrer Entstehung, nicht derjenige der Geltendmachung.

Das Gesetz nennt für die Auseinandersetzung keine Frist. Es ist aber auch nicht sein Sinn, den Ehegatten den Uebergang zur Gütertrennung durch Vertrag oder Urteil zu ermöglichen, damit sie die Auseinandersetzung dann

1) So für die Rückerstattung nicht individualisierter Wertpapiere und die Tilgung von Ersatzforderungen durch Bargeld, Art. 201 Abs. 3.

2) Die Fälle, in denen die Zwangsvollstreckung zulässig ist, sind in Art. 174-176 limitativ aufgezählt. Eine Betreibung auf Sicherstellung oder zur Durchführung der Auseinandersetzung vor der Publikation oder vor Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils ist nichtig. BGE 40 III 8, 42 III 351, 383, 44 III 114, ZBJV 49, 667, SJZ 12, 131. In BGE 70 III 58 hat das BG in teilweiser Aenderung dieser Praxis eine Betreibung zwischen Ehegatten zur Durchführung der gerichtlichen Gütertrennung schon vor der Publikation zugelassen, da die Gütertrennung intern bereits mit dem Urteil bestehe. Der Entscheid erscheint aber deswegen als problematisch und für die Ehegatten von zweifelhaftem Wert, weil sie auf Grund dieser Betreibung erfolgte Leistungen den Gläubigern des Mannes nicht entgegenhalten können, solange die Gütertrennung nicht publiziert ist, Art. 201 Abs. 3. Die Ausnahme rechtfertigt sich daher höchstens für Betreibungen auf Sicherheitsleistung, während im übrigen nicht von der bisherigen Praxis abgewichen werden sollte.

3) ZR 34 Nr. 138, Guhl, Sicherung und Begünstigung der Ehegatten, 24, Kappeler 17.

4) BGE 67 II 195. Vgl. hiezu die Kritik von Guhl, a.a.O.

doch nicht vornehmen und ihre vermögensrechtlichen Beziehungen tatsächlich beim alten belassen ¹⁾. Die Gütertrennung erfüllt nur dann ihren legitimen Zweck, wenn sie auch tatsächlich durchgeführt wird. Lässt die Ehefrau das Frauengut nach wie vor in der Verwaltung des Mannes, oder lässt sie ihre Ersatzforderungen credendi causa stehen, so verliert im Falle des Vermögensverlustes die Privilegierung ihre güterrechtliche Berechtigung ²⁾. Es kann und muss daher von den Ehegatten verlangt werden, dass sie die Trennung auf die Gefahr des Verlustes des Privilegs hin innert angemessener Frist durchführen.

Dazu kommt eine weitere Ueberlegung: Beruft sich die in Gütertrennung lebende Ehefrau für eine aus dem früheren Güterstand stammende Forderung auf das Privileg, so macht sie damit aus einem extern nicht mehr wirksamen Güterstand fliessende Rechte geltend. Eine Fortdauer des Privilegs widerspricht an sich dem Grundsatz, wonach die Ehegatten den externen Güterstand sowohl für als auch gegen sich gelten zu lassen haben und Dritten gegenüber nicht Rechte aus einem nicht eingetragenen Güterstand herleiten können, Art. 248 ³⁾. Wenn hievon eine Ausnahme zugelassen wird, so kann dies jedenfalls zeitlich nicht unbeschränkt geschehen, sondern nur solange, als es zum Schutze berechtigter Ansprüche der Ehefrau unumgänglich notwendig erscheint und auch Dritte nach einer publizierten Güterstandsänderung mit der Existenz solcher Ansprüche rechnen müssen. Auch aus diesem Grunde ist eine zeitlich unbegrenzte Gewährung des Privilegs mit dem Gesetz nicht vereinbar.

Diesen widersprechenden Interessen wird nur eine differenzierende Lösung gerecht:

1. Ist das Privileg das Korrelat der ehemännlichen Verwaltungs- und Verfügungsmacht über das eingebrachte Frauengut, so ist zunächst für die Privilegierung das zwischen den Ehegatten bestehende Güterrechtsverhältnis, der interne Güterstand massgeblich ⁴⁾. Besteht extern Güterverbinding oder Gütergemeinschaft, intern aber Gütertrennung, sodass die Ehefrau nicht gehalten ist, ihre Einbringungen dem Ehemann zur Verwaltung

1) BGE 35 II 361. Das Bundesgericht gewährte in diesem Falle das Privileg für die Dauer eines Jahres, analog Art. 219 II. Klasse SchKG.

2) BGE 35 II 361. Es liesse sich daher fragen, ob die Ehefrau, die ihr Frauengut ganz oder teilweise als Ehesteuer (Art. 247) dem Manne überlässt, z.B. ihre Ersatzforderung als Ehesteuer stehen lässt, hiefür ein Privileg beanspruchen kann. Es geht jedenfalls nicht an, dass sie die Hälfte ihres Eingebachten zurücknimmt, die andere Hälfte als Ehesteuer stehen lässt und hiefür ein Privileg zur Hälfte geltend macht, ansonst die Beschränkung des Privilegs auf die Hälfte umgangen werden könnte. Es ist das bei Eintritt der Gütertrennung Zurückerhaltene mitzuberocksichtigen.

3) BGE 63 III 96.

4) a.A. Schultheiss 54, Gmür, Art. 178 Vorbem. N. 24a (anders in 1. Auflage), ZBJV 52, 289, BGE 44 II 233.

und Nutzung anzuvertrauen, so kann sie auch das Privileg nicht für sich beanspruchen¹⁾. Eine Ausnahme ist dann zuzulassen, und das Privileg anzuerkennen, wenn trotz interner Gütertrennung Frauengut auf Grund des externen Güterstandes von den Mannesgläubigern beansprucht werden kann (Art. 201 Abs. 3, 219)²⁾, oder eine Ersatzforderung entstand, weil der Ehemann entgegen dem internen Güterstand ohne Ermächtigung der Ehefrau extern gültig über Frauengut verfügte³⁾.

Indessen kann das dem internen Güterstand entsprechende Frauengutsprivileg nur zur Geltung gebracht werden, wenn es auch mit dem externen Güterstand vereinbar ist; denn die Ehefrau kann Dritten gegenüber aus einem nicht publizierten Güterstand keine Rechte ableiten, die mit dem für Dritte massgeblichen Güterstand in Widerspruch stehen. Daraus ergibt sich grundsätzlich, dass das Privileg mit den erwähnten Ausnahmen nur beansprucht werden kann, wenn es sowohl dem internen als auch dem externen Güterstand im Zeitpunkt der Entstehung der privilegierten Forderung entspricht⁴⁾.

2. Das Privileg soll auch nach einer Aenderung des Güterstandes noch solange in Anspruch genommen werden können, als die Auseinandersetzung unter Berücksichtigung der Vollstreckungsmöglichkeiten billigerweise dauern darf. Mit der gerichtlichen Gütertrennung erhält die Ehefrau einerseits einen Anspruch auf Sicherstellung ihres Frauengutes, soweit es während der Auseinandersetzung in der Gewalt des Ehemannes verbleibt (Art. 189 Abs. 3), und andererseits die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung auf Sicherstellung oder Zahlung, Art. 176. Sie hat innert angemessener Frist davon Gebrauch zu machen. Unterlässt sie es, so tut sie es auf eigene Gefahr.

Auch bei vertraglicher Gütertrennung ist m.E. ein Sicherstellungsanspruch analog Art. 189 Abs. 3 zu gewähren⁵⁾. Wird die Sicherstellung nicht geleistet, so ist die Ehefrau zum Begehren auf richterliche Gütertrennung gemäss Art. 189 Ziff. 2, eventuell gemäss Ziff. 3 berechtigt⁶⁾; denn das

1) Ob.Ger.Zürich, ZR 16 Nr. 81 E.3, vom Bundesgericht bestätigt; a.A.Genf, Cour de Justice civ., SJZ 19, 217.

2) Auch als Folge der Beweisregeln, Art. 196 Abs. 2, 215 Abs. 3.

3) BGE 44 II 233. Die blosse Möglichkeit einer intern nicht gerechtfertigten Verfügung zwingt nicht dazu, generell auf das externe Güterrecht abzustellen, wie das Bundesgericht in diesem Entscheid annimmt.

4) Ehefrauen, die intern unter einem ausländischen Güterrecht leben, geniessen das Konkursprivileg, "wenn eine ... Forderung vorhanden ist, die aus einem den Voraussetzungen des schweizerischen Konkursprivilegs entsprechenden Verhältnis hervorgegangen ist" und zwar auch dann, wenn das ausländische Güterrecht kein Konkursprivileg kennt. Beckhard 83.

5) Egger, Art. 189 N. 6 a.E., Kappeler 43, ZR 23 No. 143.

6) Kappeler a.a.O.

Bestehen vertraglicher Gütertrennung schliesst nicht aus, dass unter den gegebenen Voraussetzungen (Art. 182-185- 145, 155) an die Stelle des Güterstandes des Ehevertrages der ausserordentliche Güterstand tritt. Es muss der Ehefrau diese Möglichkeit offen stehen, wenn sich die Auseinandersetzung auf vertraglichem, ausserrechtlichem Wege als undurchführbar erweist. Damit ist ihr dann ebenfalls der Weg der Zwangsvollstreckung geöffnet, Art. 176 ¹⁾.

3. Bei der Bemessung der Frist ist auf die Verhältnisse des Einzel-falles abzustellen. Ist z.B. das Frauenvermögen im Unternehmen des Mannes investiert, handelt es sich um schwer liquidierbare Werte ²⁾, um grössere Beträge, so werden zur Vermeidung ernsthafter Störungen - in einer vielfach ohnehin gespannten finanziellen Situation - notgedrungen längere Zahlungsfristen bewilligt werden müssen, sodass auch das Privileg während entsprechend längerer Zeit in Anspruch soll genommen werden können. Im allgemeinen dürfte die Jahresfrist (analog Art. 111 SchKG) unter Vorbehalt gerichtlicher Auseinandersetzungen genügen ³⁾.

4. Der Nachweis, dass die privilegierte Hälfte der Frauengutsforderung bei rechtzeitiger Geltendmachung ungedeckt geblieben ist, ist einmal dann erbracht, wenn die Gütertrennung nach Konkurs oder Auspändung eingetreten ist (Art. 182 Abs. 1 und 185), oder es innert kurzer Frist nach der Güterstandsänderung, d.h. innert einer zulässigen Liquidationsfrist zum Konkurs oder zur Auspändung gekommen ist und die Ehefrau einen Verlustschein erhalten hat. Der Nachweis soll aber auch auf andere Weise als durch den Nachweis der Teilnahme an einer Zwangsvollstreckung erbracht werden können. Indem das Gesetz die Betreibung zwischen den Ehegatten verpönt, soll die vertragliche Gütertrennung und ausserrechtliche Auseinandersetzung ohne ausdrückliche Grundlage im Gesetz nicht derart mit Rechtsnachteilen verknüpft werden, dass die Ehefrau sich veranlasst sieht, zur richterlichen Gütertrennung und anschliessenden Betreibung Zuflucht zu nehmen, nur um nötigenfalls das Privileg beanspruchen zu können. Es muss genügen, dass sie mit allen zur Verfügung stehenden Beweismitteln dartun kann, dass ihre rechtzeitigen Bemühungen, vom Ehemann Zahlung zu erlangen, erfolglos geblieben sind.

5. Nach stattgefundener Auseinandersetzung stehen die Ehegatten wiederum unter dem Verbot der Zwangsvollstreckung ⁴⁾, besitzt aber die Ehe-

1) Guhl, Sicherung u. Begünstigung, 14.

2) BGE 63 III 97.

3) In BGE 35 II 361 entschied sich das Bundesgericht generell für die Jahresfrist, während es in BGE 63 III 97 die Frage offenliess, immerhin mit deutlicher Bevorzugung einer individuell bemessenen Frist.

4) Aus Art. 176 kann nicht gefolgert werden, dass die Betreibung solange zulässig ist, als die Auseinandersetzung dauert, d.h. solange ungedeckte Ersatzforderungen bestehen. Art. 176 bildet eine Ausnahme vom Verbot der Zwangsvollstreckung und darf nicht ausdehnend in-

frau keine Möglichkeit, für ihre in der rechtlichen oder ausserrechtlichen Auseinandersetzung ungedeckt gebliebenen Ansprüche zwangsweise Befriedigung zu verlangen, so kann ihr billigerweise in einer späteren Anschlusspfändung oder im Konkurs das Privileg nicht abgesprochen werden. Sie muss berechtigt sein, es auch in einer neuerlichen Zwangsvollstreckung, Pfändung oder Konkurs wieder in Anspruch zu nehmen¹⁾. Dies wenigstens dann, wenn sie nicht bereits einen Verlustschein aus einem Konkurs besitzt. Einer Konkursverlustscheinsforderung steht die Einrede des mangelnden neuen Vermögens entgegen. Art. 265 Abs. 2 SchKG differenziert nicht zwischen privilegierten und nicht privilegierten Forderungen; er macht zugunsten der ersteren keine Ausnahme, sondern verfügt diese der Forderung als solcher anhaftende Exekutionsbeschränkung ganz generell²⁾. Sie zessiert auch nicht in einem neuen Konkurs³⁾. Die Verlustscheingläubiger haben somit erst Anspruch auf einen allfälligen Ueberrest nach Befriedigung der neuen Gläubiger, wobei die Verteilung wiederum in der Rangordnung des Art. 219 SchKG erfolgt, sodass die Ehefrau wenigstens ein Vorzugsrecht 4. Klasse auf den Ueberrest genießt⁴⁾).

terpretiert werden. Die Betreuungsmöglichkeit besteht daher ebenfalls nur solange, als die Auseinandersetzung billigerweise dauern darf.

1) Die Beibehaltung des Privilegs bei Fortdauer der Güterverbindung oder Gütergemeinschaft nach einer Auspfändung ist nicht bestritten, BGE 67 II 195, ZR 34 Nr. 138. Es lässt sich indessen auch in diesem Fall nicht aus der weiter bestehenden Güterverbindung oder Gütergemeinschaft begründen, sondern nur aus dem Güterrechtsverhältnis, das zur Entstehung der Forderung Anlass gegeben hat. Dementsprechend werden unter der Gütertrennung entstandene Forderungen der Ehefrau nicht dadurch zu privilegierten, dass die Ehegatten nachträglich zur Güterverbindung übergehen. - Aus Art. 244 ergibt sich zunächst nur, dass aus der Gütertrennung keine privilegierten Ansprüche entstehen können. Dagegen enthält Art. 244 keine Bestimmung für den Wechsel des Güterstandes. Betrachtet man das Privileg als "blossen Haftungsgrundsatz", dann ergibt sich aus Art. 188, dass der Güterstandswechsel diese Haftung nicht zu beeinträchtigen vermag. Dementsprechend anerkennt auch die neuere Praxis, dass die Ehefrau in der Auseinandersetzung mit Drittgläubigern sich anrechnen zu lassen hat, was sie auf ihre privilegierte Frauengutsforderung heraus erhalten hat. BGE 66 II 8.

2) Dass es sich um eine objektive, der Forderung als solcher eigene Haftungsbeschränkung handelt, anerkennt das BG in BGE 40 III Nr. 88. Vgl. hiezu ferner v. Büren, Ueber die Einrede des mangelnden neuen Vermögens, SJZ 41, 268, 270, Jäger, Komm. Art. 265 S. 280 ff., Praxis 1911-1945, Art. 265 S. 434 und die dort zit. Entscheidungen. a.A. Blumenstein 820.

3) Gegenteilig BGE 31 I 59, ZR 17 Nr. 158, Saxer 66, im wesentlichen mit der Begründung, dass die Exekutionsbeschränkung in einem neuerlichen Konkurs ihren Sinn verloren habe. Der mit der Beschränkung verfolgte Zweck wird jedoch nur dann vollständig erreicht, wenn die neuen Gläubiger Gewissheit haben, dass ihnen gerade in einer neuen Vollstreckung das neue Vermögen nicht durch frühere Verlustscheingläubiger entzogen werden kann.

4) Die Zulassung früher privilegierter Konkursverlustscheinsforderungen kann u.E. auch nicht damit begründet werden, Art. 219 SchKG differenziere nicht zwischen Forderungen aus einem früheren Konkurs und nachträglich entstandenen Gläubigerrechten, sondern anerkenne ausdrücklich "alle übrigen" Forderungen als in fünfter Klasse teilnahmeberechtigt, Saxer 65, ZBJV 44, 491 ff. Art. 219 SchKG besagt nichts darüber, welche Forderungen im Konkurs zuzulassen sind, sondern bestimmt nur die Rangordnung der gemäss den übrigen Vorschriften

6. Die Fortdauer des Privilegs tangiert nur die Interessen neuer Gläubiger des Ehemannes, die ihre Forderungsrechte erst nach der Publikation der Gütertrennung bzw. nach der zulässigen Liquidationsdauer erworben haben. Die Rechte der bisherigen Gläubiger werden dagegen durch dessen Fortbestand nicht geschmälert. Soweit sie mit den Ehegatten in rechtsgeschäftlichen Verkehr traten, als diese unter Güterverbindung oder Gütergemeinschaft lebten, mussten sie mit dem Bestand privilegierter Forderungen rechnen. Ihre Ansprüche werden durch Art. 188 gewahrt, und so wenig ihre Rechte gemäss dieser Vorschrift beeinträchtigt werden können, so wenig sollen sie auf der andern Seite auf Kosten der Ehefrau als Gläubigerin von einem Güterstandswechsel dadurch profitieren, dass die Ehefrau ihr Vorzugsrecht verliert. Es kann ihnen daher auch ohne den Nachweis rechtzeitiger Auseinandersetzung ohne zeitliche Beschränkung entgegengehalten werden¹⁾; sie sind daher auch zur Kollokationsklage nicht legitimiert. Hat die Konkursverwaltung über die Anerkennung oder Abweisung des Privilegs zu befinden, so ist die Lösung einfach, solange nur Gläubiger der einen oder andern Art beteiligt sind. Konkurrieren dagegen Gläubiger aus der Zeit vor und nach der Gütertrennung, so könnte in der Weise verfahren werden, dass der auf die privilegierte Forderung in 4. Klasse entfallende Liquidationsanteil den Gütertrennungsgläubigern zugewiesen würde. Das würde aber darauf hinauslaufen, die Gütertrennungsgläubiger auf Kosten der Güterverbindungs- oder Gütergemeinschaftsgläubiger zu begünstigen, indem sich letztere mit einer um die privilegierte Hälfte reduzierten Dividende begnügen müssten, ohne dass der auf das Privileg entfallende Erlös tatsächlich der Ehefrau zugute kommt. Eine Schlechterstellung infolge Privilegierung einzelner Forderungen ist jedoch nur solange gerechtfertigt, als der Begünstigte auch wirklich in deren Genuss kommt²⁾. Die Forderung der Ehefrau ist daher (unter Vorbehalt des Art. 265 Abs. 2 SchKG) in diesem Falle gesamthaft in der fünften Klasse zu kollozieren.

des Gesetzes anerkannten Gläubigerrechte. Ebensowenig lässt sie sich aus Art. 197 SchKG ableiten (ZR 17 Nr. 158), da Art. 197 diese Verhältnisse offensichtlich nicht berücksichtigt hat und auch in anderer Hinsicht (Art. 208, 221 ZGB) die Praxis die Bildung verschiedener Massen kennt.

5) In der Pfändungsbetreibung steht die Einrede des mangelnden neuen Vermögens nach geltender Praxis nur dem Schuldner zu, während die Gläubiger die Forderung nicht aus eigenem Recht bestreiten können. Im Konkurs hat die Bestreitung durch die Konkursverwaltung, eventuell durch die Gläubiger durch Anfechtung des Kollokationsplanes zu erfolgen, Art. 250 SchKG, v.Büren, a.a.O. 270, Jäger, Praxis 1911-1945, 434.

1) Gegen eine Differenzierung Ob. Ger. Zürich, ZR 34 Nr. 138.

2) Es "soll also nicht etwa ein anderer Konkursgläubiger für die Ehefrau des Gemeinschuldners für seine Forderung das Konkursvorrecht in der IV. Klasse beanspruchen dürfen, noch sollen einzelne Konkursgläubiger eine höhere Konkursdividende als andere auf Kosten der Ehefrau des Gemeinschuldners verlangen dürfen ..., so BGE 57 II 10 zur Frage der Abtretbarkeit des Privilegs. Diese Ausführungen treffen auch auf den vorliegenden Fall zu.

3. TEIL :

Der Gläubigerschutz bei Güterstandsänderung.

1. Abschnitt:

Das Prinzip der Unveränderlichkeit der Haftung.

§ 9. Die Bedeutung des Art. 188 ZGB in der Literatur.

Im Begriff des Schuldverhältnisses ist ein Doppeltes enthalten: einerseits das Leistensollen des Verpflichteten, die Schuld (vom Gläubiger aus das Recht auf Leistung, die Forderung) und andererseits das Entstehenmüssen des Schuldners für dieses Leistensollen, die Haftung (vom Gläubiger aus das Recht auf Zwangsvollstreckung). Der Gläubiger ist berechtigt, im Falle der Nichterbringung der Leistung sich auf dem Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Schuldnervermögen zu befriedigen. Der Schuldner haftet mit seinem Vermögen, dem Inbegriff seiner geldwerten Interessen, eventuell mit einem Teil desselben oder einzelnen speziellen Vermögensobjekten für seine Schulden¹⁾.

In dem Masse, in dem durch Eintritt güterrechtlicher Beziehungen, durch Güterstandsänderungen während der Ehe oder durch güterrechtliche Auseinandersetzung Vermögensverschiebungen zwischen den Ehegatten eintreten, würde Vermögen dem Zugriff der Gläubiger entzogen. Art. 179 Abs. 3 bestimmt daher zum Schutze der Gläubiger, dass ein nach Eingehung der Ehe abgeschlossener Ehevertrag die bisherige Haftung des Vermögens nicht beeinträchtigen dürfe, und es sagt Art. 188, dass durch güterrechtliche Auseinandersetzung oder durch Wechsel des Güterstandes ein Vermögen, aus welchem bis dahin die Gläubiger der Ehegatten oder der Gemeinschaft Befriedigung verlangen konnten, dieser Haftung nicht entzogen werden kann. Den gleichen Gedanken enthält schliesslich Art. 227 Abs. 3, wonach bei Auflösung der Gütergemeinschaft die Ehefrau, die ihren Anteil am Gesamtgut übernimmt, für die Schulden der Gemeinschaft haftet.

Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmungen sind in Literatur und Praxis umstritten. Ihre Anwendung wirft zahlreiche Fragen auf, die vom Gesetz nicht beantwortet sind und von der Praxis im Sinne der Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) gelöst werden müssen, was bis heute erst teilweise geschehen ist.

1) Vgl. hiezu von Tuhr, OR, 9, 14 und W. Eulau 2 ff., insb. S. 16, 27.

Es besteht zunächst Uebereinstimmung, dass Art. 179 Abs. 3 und Art. 188 trotz textlicher Abweichungen lediglich im Geltungsbereich, nicht aber im Inhalt der durch sie verliehenen Rechte differieren. Es enthalten beide Bestimmungen den Grundsatz der Weiterhaftung des bisher den Gläubigern verhaftet gewesenen Vermögens, wobei je nach dem Ausgangspunkt und der vorwiegenden Absicht der Betrachtung in Art. 179 Abs. 3 der Grundsatz, in Art. 188 die nähere Ausführung¹⁾, oder umgekehrt in Art. 188 die Grundregel und in Art. 179 Abs. 3 - und Art. 227 - ein blosser Anwendungsfall erblickt wird²⁾. Für beide Betrachtungsweisen steht Art. 188 als die detailliertere Vorschrift im Mittelpunkt der Erörterungen.

Art. 188 bestimmt, dass durch einen Wechsel des Güterstandes oder durch güterrechtliche Auseinandersetzung Vermögen der bisherigen Haftung nicht entzogen werden kann. Daraus wurde, namentlich in Erörterungen zum Uebergangsrecht, Art. 11 SchlT, der Schluss gezogen, dass die Güterstandsänderung den bisherigen Gläubigern gegenüber wirkungslos sei; es stehen die Ehegatten ihren bisherigen Gläubigern gegenüber nach wie vor unter dem bisherigen Güterstand. Es braucht nicht etwa auf Ungültigkeit des Ehevertrages geklagt zu werden, sondern es kann die Unwirksamkeit jedem Ehegatten und jedem Dritten, der daraus Rechte ableiten will, entgegengehalten werden³⁾. Es ist nur eine Abart dieser Auffassung, wenn dem neuen Güterstand nicht generell die Wirkung abgesprochen wird, sondern nur dann, wenn sich der Gläubiger schlechter stellen würde als unter dem bisherigen Güterstand. Die Haftung ist abstrakt sowohl nach dem alten wie nach neuem Güterrecht zu bestimmen und die Resultate zu vergleichen. Ergibt sich dabei, dass sich der Gläubiger unter dem neuen Güterstand gleich gut oder besser stellen würde, so gelangt Art. 188 nicht zur Anwendung; würde er sich dagegen

1) So Egger, Art. 179 N. 2.

2) Burckhardt-Passavant, ZSR 28, 353 Anm. 20, Denzler 138, Bosshardt 7. - Zur inhaltlichen Uebereinstimmung vgl. Gmür, Art. 179 N. 47 a.E. u. ff., Art. 188 N. 5, Egger, Art. 188 N. 18, Rossel-Mentha I 330, Böhler ZBJV 63, 289 ff. Soviel ich sehe, gibt nur Droin den beiden Bestimmungen eine verschiedene Auslegung. Darnach statuiert Art. 188 eine persönliche Schuldverpflichtung mit rechnerisch beschränkter Haftung, S. 342, während nach Art. 179 Abs. 3 ein Ehevertrag, der die Haftung beeinträchtigen würde, der Wirksamkeit gegenüber den bisherigen Gläubigern überhaupt entbehrt. S. 274 ff. Vgl. auch die folgende Anm. 3.

3) Curti-Forrer, Art. 179 N. 9, Bühlmann, Das schweiz. ZGB im Kanton Bern, 80, E. Wyss, Die Rechtsstellung althbern. Ehegatten, 135, Droin 274 ff.: "Le nouveau régime est inopposable aux tiers dont les droits remontent à une date antérieure à l'inscription et à la publication du contrat ... (S. 274) ... droit qu'elle peut exécuter conformément aux règles du régime matrimonial en vigueur au moment où l'acte qui a donné naissance à son droit a été commis (S. 275) .. La seule manière de sauvegarder les droits de ces derniers (sc. créanciers) est d'appliquer rigoureusement la règle de l'art. 179 al. 3, de rechercher la date à laquelle le droit a pris naissance, de déterminer le régime auquel les époux étaient soumis à cette époque et de permettre aux tiers d'exécuter leurs droits conformément à ce régime (S. 275/6)". - Spricht man dem Güterstandswechsel im Verhältnis zu Altgläubigern die Wirksamkeit ab, dann findet ein Vermögensübergang nicht statt und wäre Art. 188 Abs. 2 gegenstandslos. So Martin 159/160; auch Giesker-Zeller setzt sich konsequenterweise mit Abs. 2 nicht auseinander, S. 124/125.

schlechter stellen, so gilt ihm gegenüber der bisherige Güterstand weiter¹⁾.

Diese Auffassung der Beibehaltung des bisherigen Güterstandes gegenüber den Altgläubigern der Ehegatten hat in jüngerer Zeit keine Vertreter mehr gefunden. Die Auseinandersetzung geht vielmehr von der grundsätzlichen Wirksamkeit des neuen Güterstandes und der güterrechtlichen Auseinandersetzung auch den bisherigen Gläubigern gegenüber aus²⁾, wobei sich nun die Frage erhebt, wie trotzdem die bisherigen Haftungsrechte berücksichtigt werden können. Nach der einen Anschauung bleibt das auf den andern Ehegatten übergegangene Vermögen weiterhin verhaftet und kann in der Pfändungsbetreibung oder im Konkurs zur Masse gezogen werden. Art. 188 statuiert darnach eine gegenständlich beschränkte Haftung des nicht schuldnerischen Ehegatten mit den empfangenen Vermögenswerten und gewährt den Gläubigern ein Admassierungsrecht. Der Ehegatte kann sich aber in dem Masse von dieser Haftung befreien, als er das empfangene Vermögen in die Masse einwirft oder Schulden bezahlt³⁾.

Liegt bei dieser Interpretation das Schwergewicht auf Abs. 1 des Art. 188, indem Abs. 2 lediglich die Möglichkeit einräumen soll, sich unter gewissen Bedingungen von der in Abs. 1 statuierten Haftung zu befreien, so legt die Auffassung, die in der Literatur als die herrschende bezeichnet werden kann, die Betonung auf Abs. 2.⁴⁾ Abs. 1 enthält den Grundsatz, dass Veränderungen in den güterrechtlichen Verhältnissen die bisherige Vermögenshaftung nicht zu Ungunsten der bisherigen Gläubiger zu beeinträchtigen vermögen. In der Durchführung dieses Gedankens ist aber zwischen einer Haftungsentfremdung ohne Vermögensübergang und mit Vermögensübergang auf den andern Ehegatten zu unterscheiden. Im ersten Fall bleibt es bei der Regel des Abs. 1: es kann in der Zwangsvollstreckung die nachträgliche Haftungsbeschränkung den bisherigen Gläubigern nicht entgegen gehalten werden. Geht aber Vermögen auf den andern Ehegatten über, so gelangt nach dem Wortlaut des Gesetzes Abs. 2 zur Anwendung und zwar ausschliess-

1) Günstigkeitsprinzip, eine Analogie zum strafrechtlichen Grundsatz der *mitior lex*. Giesker, 121, 124, Martin 159.

2) Gmür, Art. 179 N. 50.

3) Vogel, ZBJV 50, 122 ff., insb. 128/29; Held, SJZ 19, 37 ff., insb. 40; Egger, 1. Aufl., Art. 188 Anm. 2; Mutzner, ZSR 34, 281 u. Komm. Art. 11 SchIT N. 10-13, N. 4; Oser, OR, Vorbem. zu Art. 1 - 67 N. 55; gegenständlich beschränkte Haftung mit kumulativer Mitverpflichtung nehmen an Rossel-Mentha I 330: "Ces créanciers ne perdent pas leur ancien débiteur et ils en acquièrent un nouveau qui est obligé à leur égard dans ces limites: les biens parvenus à ce nouveau débiteur demeurent affectés au paiement des prétentions qu'ils garantissaient et s'il les aliénait, sa responsabilité personnelle subsisterait jusqu'à concurrence de ces prétentions, à moins qu'il ne prouvât que la valeur desdits biens est inférieure au montant de celles-ci".

4) Gmür und Egger, 2. Aufl., zu Art. 179 und 188; v. Tuhr, OR, 18 Anm. 63, Guhl, ZBJV 46, 529 (für das Uebergangsrecht), 64, 166, Tuor, Schweizer Recht (3. Aufl.), 162, Bosshardt 8 u. ff., Cuttat 88 ff., Denzler 127 ff., Kappeler 49 ff., W. Eulau 235, Hegglin 73, Roboz 94, Droin 342, Wolfensberger 68, Büchler, ZBJV 63, 289 ff.

lich¹⁾. Er begründet eine Verpflichtung des Vermögensübernehmers, die Schulden, die das empfangene Vermögen bisher belasteten, zu bezahlen. Neben die Schuld des bisherigen Vermögensinhabers tritt eine zweite, sichere, bürgschaftsähnliche Nebenschuld²⁾, die auf den Wert des übernommenen Vermögens beschränkt ist, für welche jedoch der Ehegatte mit seinem ganzen Vermögen haftet³⁾. Beschränkte Schuld mit unbeschränkter, persönlicher Haftung. Die Gläubiger verfügen somit über eine direkte, selbständige Klage gegen den Ehegatten ihres Schuldners; dagegen steht ihnen ein Recht auf Pfändung oder Admassierung der übergegangenen Werte im Konkurs nicht mehr zu⁴⁾.

§ 10. Die Rechtsprechung zu Art. 188 ZGB.

Dieser Gegensatz der Auffassungen - gegenständlich beschränkte Haftung mit Admassierungsrecht, Nebenschuld mit unbeschränkter Haftung und persönlicher Klage - zeigt sich auch in der Rechtsprechung⁵⁾. In seinem ersten Entscheid, der sich materiell mit Art. 188 befasste, hat das Bundesgericht unter Berufung auf die Materialien⁶⁾ und den französischen Text des Abs. 2⁷⁾ eine Schuldverpflichtung mit persönlicher Haftung des Vermögen übernehmenden Ehegatten und damit dessen Passivlegitimation in einem direkt gegen ihn gerichteten Verfahren bejaht⁸⁾. Würde nach den Erwägungen dieses Entscheides Art. 188 nur den Umfang des Pfändungs- bzw. Konkursbeschlags bei der Zwangsvollstreckung bestimmen, so hätte der Grundsatz des Abs. 1 genügt und hätte es der Vorschrift des Abs. 2 nicht bedurft.

1) Gmür, Art. 188 N. 18, 179 N. 58, Egger Art. 188 N. 16, Bosshardt 10, 18 ff., Kappeler 51, Denzler 134. Ein Wahlrecht der Gläubiger, nach Abs. 1 oder 2 vorzugehen, ist nach Ansicht dieser Autoren ausgeschlossen: Denzler 131, Kappeler 51, Bosshardt 21, Bächler 296, Cuttat 94. Für ein Wahlrecht Erny 73.

2) Egger, Art. 188 N. 11, Bosshardt 15.

3) Bosshardt 88, 10, 15, Cuttat 152, 88/90, Kappeler 52. - Egger, Art. 188 N. 13 und Gmür, Art. 188 N. 18 scheinen dagegen eher eine akzessorische Schuld mit rechnerisch beschränkter Haftung anzunehmen. So auch W. Eulau 235. Die Erschöpfungseinrede des Abs. 2 ist bei Annahme einer Nebenschuld richtigerweise als Beschränkung der Schuld, nicht der Haftung aufzufassen. Vgl. auch Reichel, Schuldmitübernahme, 72/73.

4) Gmür Art. 188 N. 18, Droin 342.

5) Vgl. hiezu Ch. Knapp, Etude systématique de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la protection des créanciers dans les liquidations entre époux et les changements de régime matrimonial, ZBJV 78, 337 ff., 80, 97 ff., insb. die Uebersicht über die Praxis Bd. 78, 337.

6) Huber, Erl. 172, Votum des franz. Berichterstatters im Nationalrat, Sten. Bull. 1905, 678.

7) Abs. 2: l'époux auquel ces biens ont passé est personnellement tenu de payer les dits créanciers...

8) BGE 45 II 110 ff. Vgl. auch den Entscheid SJZ 21, 24.

Indem das Gesetz bestimme, dass der andere Ehegatte die Schulden zu bezahlen habe, könne dies nur dahin ausgelegt werden, dass die Haftung dem Vermögen folge, der Ehegatte persönlich für die Erfüllung einzustehen habe und den Gläubiger nicht auf die Einbeziehung der erhaltenen Objekte in die Vollstreckung gegen den ursprünglichen Schuldner verweisen könne. Hätte Abs. 2 nur die Bedeutung einer Vergünstigung an den andern Ehegatten, in dem Sinne, dass er die Einbeziehung des Empfangenen durch Einwerfung dessen Wertes in die Pfändungs- oder Konkursmasse abwenden könne (in diesem Sinn Vogel), so wäre hiefür eine andere Ausdrucksweise gewählt worden. Abs. 2 enthalte nicht ein von Abs. 1 verschiedenes, gegensätzliches Prinzip; Abs. 1 könne sehr wohl dahin ausgelegt werden, dass damit lediglich das objektive Fortbestehen der einmal begründeten Haftung habe bestimmt werden wollen, nicht aber die Person, gegen welche sie geltend zu machen sei. Das Verfahren richte sich nach dem allgemeinen Grundsatz, dass die Zwangsvollstreckung nur in das eigene Vermögen des Betriebenen zur Zeit der Zwangsvollstreckung gehen könne, sodass Abs. 2, der den Gläubiger bei Vermögensübergang auf die Betreibung gegen den nunmehrigen Vermögensinhaber verweise, nicht einen Gegensatz, sondern eine blosse Schlussfolgerung und Ergänzung zu Abs. 1 bilde. - Ob der Gläubiger nur durch persönliche Klage gegen den Vermögensinhaber vorgehen könne, oder daneben auch die Wahl der Admassierung habe, wurde ausdrücklich offengelassen. Abs. 1 wurde im weitem ohne Begründung als anwendbar erklärt, wo der Güterstandswechsel erst nach der Pfändung eintritt ¹⁾ - eine Frage, die in einem früheren Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als offen bezeichnet worden war ²⁾ - ferner dort, wo die Güterstandsänderung nicht mit einer Aenderung der Eigentums-, sondern nur der Haftungsverhältnisse verbunden sei.

In dem Entscheid BGE 65 II 105 ff. hatte das Bundesgericht den umgekehrten Fall zu beurteilen, dass auf den andern Ehegatten übergegangenes Vermögen in die gegen den Schuldner gerichtete Zwangsvollstreckung einbezogen worden war, nachdem die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zuvor in wiederholten Entscheidungen die Pfändung betreibungsrechtlich als zulässig erklärt, die Frage aber, ob dem Pfändungspfandrecht des Gläubigers ein besseres, die Pfändung ausschliessendes Recht des Ehegatten am empfangenen Vermögen zustehe, dem Widerspruchsrichter vorbehalten hatte ³⁾. Die Zulässigkeit der Pfändung wurde nunmehr mindestens für Liegenschaften bejaht. Der Gläubiger verfüge nicht nur über eine persönliche Klage, sondern habe auf Grund von Art. 10 Ziff. 2 VZG ein Recht auf Einbezug der übergegangenen Liegenschaft in die Masse. Art. 10 VZG habe die in BGE 45 II 115 offengelassene Frage in positivem Sinne entschieden. Abs. 2

1) Im gleichen Sinne Bern. Ob. Ger., SJZ 9, 31.

2) BGE 38 I 633.

3) BGE 38 I 629, 55 III 124, 57 III 41.

behalte daneben seine Bedeutung in jenen Fällen, wo der andere Ehegatte die erhaltenen Werte bereits veräußert habe¹⁾.

Es liegt wohl in der Linie dieses letzten Entscheides, dass die Admassierung nicht nur bei Liegenschaften, sondern auch bei Fahrnis als zulässig anzusehen ist; denn stichhaltige Gründe, Fahrnis anders zu behandeln, sind nicht ersichtlich²⁾. Der Gläubiger hat somit nach der bisherigen Rechtsprechung die Wahl, in der Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner das auf den andern Ehegatten übergegangene Vermögen einbeziehen zu lassen, oder den Vermögensinhaber in direkter Klage und Betreibung zu belangen, wobei ihm dessen ganzes Vermögen bis zum Werte des Empfangenen haftet, auch wenn diese Werte bereits veräußert worden sind (BGE 65 II 108)³⁾. Der auf Grund des Vermögensempfangs belangte Ehegatte kann den Gläubiger nicht auf den einen oder andern Weg verweisen; wohl aber kann er sich der Haftung dadurch entschlagen, dass er das Empfangene oder den Wert desselben in die Masse einwirft (BGE 45 II 115). Ist Vermögen im Zeitpunkt der Güterstandsänderung bereits gepfändet, so wird diese Pfändung von einem Eigentumswechsel nicht mehr berührt (BGE 45 II 115).

§ 11. Kritik und Lösung.

Art. 179 Abs. 3 und Art. 188 ZGB schützen, wie noch zu zeigen sein wird, die Gläubiger nur gegen eine Schmälerung des jeweils haftenden Vermögens durch Vermögensverschiebungen güterrechtlicher Natur, nicht aber gegen Nachteile anderer Art, die sich aus einer Güterstandsänderung ergeben können⁴⁾. Was nun die rechtliche Konstruktion dieser Garantie der Haftungsrechte anbelangt, so erscheint die von Curti-Forrer und - mit gewissen Einschränkungen - von Droin⁵⁾, Giesker-Zeller und andern vertretene Lösung der Fortdauer des bisherigen Güterstandes gegenüber den Altgläubigern bestechend einfach, klar und ohne besondere praktische Schwierig-

1) SJZ 21, 24.

2) Ebenso Knapp, ZBJV 78, 355, da Art. 10 VZG nur die Anwendung von Art. 188 darstelle, sodass bei Fahrnis das Gleiche zu gelten habe. In diesem Sinne auch ZBJV 59, 195.

3) Unzutreffend ist es, wenn Knapp. a.a.O. 356 aus dem Entscheid BGE 65 II 105 folgert, Abs. 1 schliesse Abs. 2 aus, sodass Abs. 2 nicht zur Anwendung gelange, wenn die Möglichkeit der Admassierung bestehe. Die Klägerin hatte sich primär auf Abs. 1, im Eventualstandpunkt auf Abs. 2 berufen; da das BG den Hauptstandpunkt und damit die Admassierung schützte, fiel Abs. 2 nicht mehr in Betracht. "En l'espèce, la demanderesse a suivi la procédure de réintégration; ce n'est que subsidiairement qu'elle a invoqué art. 188 al. 2 CC. Les conclusions principales devant être admises, l'application de cette disposition est hors de cause". Dagegen hat sich das BG nicht grundsätzlich in dem von Knapp herausgelesenen Sinn über das Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 ausgesprochen.

4) Siehe S. 172.

5) Hinsichtlich des ehevertraglichen Güterstandswechsels vgl. S. 79 Anm. 3.

keiten durchführbar. Nachdem das Gesetz ohnehin zum Schutze des Verkehrs zwischen internem und externem Güterrecht, zwischen den Beziehungen der Ehegatten unter sich und zu Dritten unterscheidet (Art. 248, Art. 9-10 SchlT, 19-21 NAG), hätte es in der Tat nahe gelegen und hätte es nur einen kleinen Schritt bedeutet, diese Differenzierung weiterzuführen und den neuen Güterstand nur hinsichtlich neu erworbener Gläubigerrechte wirksam werden, im Verhältnis zu den Altgläubigern aber den bisherigen Güterstand bis zum Untergang ihrer Ansprüche fort dauern zu lassen¹⁾. Wäre dies indessen die vom Gesetzgeber mit Art. 179 Abs. 3, 188 und Art. 11 SchlT verfolgte Absicht gewesen, so wäre dies doch wohl ausdrücklich so gesagt worden. Sowohl Abs. 3 des Art. 179 wie Abs. 1 des Art. 188 sprechen jedoch ausdrücklich nur von der Beibehaltung der bisherigen Haftung, setzen somit im übrigen die Wirksamkeit der Güterstandsänderung und güterrechtlichen Auseinandersetzung im Verhältnis zu den Altgläubigern voraus. Dasselbe ergibt sich aus Art. 188 Abs. 2: Würde dem neuen Güterstand die Wirksamkeit versagt, so würde ein für die Altgläubiger verbindlicher Vermögensübergang gar nicht eintreten und wäre Abs. 2 gegenstandslos. Die Interpretation Curtis, Droins u.a. findet im Wortlaut des Gesetzes und in den Materialien keine Stütze. Es bleiben daher nur die beiden Möglichkeiten der Annahme eines Zugriffsrechts, Admassierungsrechts des Gläubigers trotz wirksamen Güterstandswechsels und Vermögensübergangs, d.h. - vom neuen Vermögensinhaber aus gesehen - einer gegenständig auf das Empfangene beschränkten Haftung, oder der Begründung einer sichernden Nebenschuld, wobei die Leistungspflicht durch die Erschöpfungseinrede auf den Wert des Empfangenen begrenzt wird.

Die Annahme einer beschränkten Schuld mit persönlicher Haftung des Vermögensempfängers wird durch den Wortlaut des Abs. 2 von Art. 188, insbesondere durch den französischen und italienischen Gesetzestext nahegelegt²⁾. In diesem Fall kann aber aus dem Gesichtspunkt der Haftung nicht mehr mit Abs. 1 von einer Weiterhaftung des übergangenen Vermögens³⁾ und von einer blossen Ergänzung und näheren Ausführung dieses in Abs. 1 enthaltenen objektiven Prinzips durch Abs. 2 gesprochen werden⁴⁾. An die Stelle der bisher verhaftet gewesen Vermögensstücke tritt vielmehr ein völlig neues Vermögen als Haftungssubstrat. Wohl können die übergegangenen Werte darin enthalten sein, müssen es aber nicht; und soweit sie darin

1) Vgl. auch den seinerzeitigen Beschluss des Ständerates zu Art. 21 NAG: "Ebenso gilt Dritten gegenüber mit Bezug auf Verbindlichkeiten, welche schon vor dem Wohnsitzwechsel entstanden sind, das bisherige eheliche Güterrecht". Zit. bei Stauffer, Art. 21 NAG N. 2.

2) *L'époux auquel ces biens ont passé est personnellement tenu de payer les dits créanciers ...*

Se tali beni sona passati in proprietà di uno dei coniugi, questo è tenuto al pagamento dei debiti ...

3) Gmür Art. 188 N. 3, Art. 179 N. 50; Bosshardt 5 ("Erhaltung" der Exekutionsbasis).

4) BGE 45 II 115.

noch vorhanden sind, besitzen die Gläubiger des primär verpflichteten Ehegatten keinerlei Anspruch darauf, aus ihnen speziell befriedigt zu werden. Ist z.B. eine Liegenschaft aus dem Vermögen des Ehemannes in dasjenige der Ehefrau gelangt, so wird in der Zwangsvollstreckung vorerst alles bewegliche Vermögen gepfändet und erst, wenn dieses zur Deckung der Befriedigungsforderungen nicht ausreicht, die Liegenschaft (Art. 95 SchKG), sodass, wenn die Gläubiger aus dem Erlös des beweglichen Vermögens bezahlt werden können, die Liegenschaft ihrem Zugriff gänzlich entzogen ist. Sodann haben sich die Gläubiger gegebenenfalls mit sämtlichen Gläubigern des neuen Vermögensinhabers in den Erlös von dessen Vermögen, das möglicherweise sozusagen allein aus den übergegangenen Werten besteht, zu teilen, sodass sie unter Umständen mit einer bescheidenen Dividende abgefunden werden, während sie vor dem Vermögensübergang volle Deckung erlangt hätten. Es ist daher nicht nur ungenau, sondern unrichtig, von einem objektiven Fortbestehen der seinerzeitigen Haftung zu sprechen. An die Stelle der entzogenen Werte tritt ein rechtlich völlig anderes Haftungssubstrat, das mit dem früheren nicht identisch ist. Der Gläubiger erhält vielmehr neben seinem bisherigen Schuldner einen weiteren Schuldner in der Person des Vermögensempfängers. Abs. 2 enthält damit ein zu Abs. 1 völlig gegensätzliches Prinzip¹⁾.

Die Doktrin knüpft an die Annahme einer Schuldverpflichtung des Vermögensübernehmers die Folgerung, dass bei Vermögensübergang Abs. 2 ausschliesslich zur Anwendung gelange. Selbstverständlich stand es dem Gesetzgeber frei, die beiden Fälle eines Haftungsentzuges ohne und mit Eigentumswechsel (Vermögensübergang) verschieden zu ordnen. Sollte dies aber die Absicht gewesen sein, und sollten Abs. 1 und 2 zwei völlig verschiedene Prinzipien enthalten, so wäre die Ausdrucksweise und die Systematik des Gesetzes schwer verständlich. Es kann schlechterdings nicht übersehen werden, dass die Fälle eines Haftungsentzuges infolge Vermögensübergangs, sei es aus dem Vermögen des einen Ehegatten in dasjenige des andern oder aus dem Gesamtgut ins Einhandgut eines Gatten, die Möglichkeiten einer Haftungsbeeinträchtigung ohne Eigentumsänderung bei weitem überwiegen. So erfolgt ein Eigentumswechsel bei Übergang von Güterverbindung zu Gütertrennung mit Bezug auf Bargeld, nicht individualisierte Inhaberpapiere und andere vertretbare Sachen (soweit in natura vorhanden, Art. 201 Abs. 3, 189), bei Wechsel von Gütereinheit oder Gütergemeinschaft zu Gütertrennung mit Bezug auf das Einheits- oder Gesamtgut, bei Bestellung oder Aufhebung einer Ehesteuer unter Gütergemeinschafts- oder Gütereinheitsrecht, schliesslich in allen Fällen der Tilgung güterrechtlicher Ansprüche (Ersatzforderungen, Vor- und Rückschlagszahlungen) durch Barzahlung oder Vermögenszuweisung an Zahlungsstatt, sodass Art. 188 Abs. 1

1) Es ist daher unbedingt zutreffend, dass Abs. 1 und 2 nicht in der vom Bundesgericht in BGE 45 II 115 vorgeschlagenen Weise in Übereinstimmung gebracht werden können, Bossardt 10.

für die güterrechtliche Auseinandersetzung überhaupt gegenstandslos wäre. Abs. 1 würde auf den einzigen Fall der Zuweisung von Sondergutsvermögen ins eingebrachte Gut der Frau bei Güterverbindung oder beschränkter Gütergemeinschaft mit Güterverbindung (Art. 238) zutreffen¹⁾, während bei Zuweisung von Sondergut zum Gesamtgut bei Gütergemeinschaft begrifflich ein Eigentumswechsel eintritt, sodass wiederum Abs. 2 zur Anwendung gelangen würde²⁾. Entgegen der Auffassung der Doktrin enthielte Abs. 2 tatsächlich die Regel, während Abs. 1 eine blosser Ergänzung für einen praktisch seltenen und wenig bedeutsamen Fall darstellen würde³⁾. Eine solche Auslegung tut dem Aufbau des Art. 188 und dem Wortlaut des Abs. 1 Gewalt an. Es wäre sehr ungewöhnlich, dass der Gesetzgeber in Abs. 1 in allgemeiner, grundsätzlicher Formulierung nur einen Sonderfall, in Abs. 2 dagegen die Regelfälle und diese zudem nach einem gegensätzlichen Prinzip hätte ordnen wollen⁴⁾.

1) Bosshardt 63,64. Im übrigen vgl. hiezu die Uebersicht S. 184/5.

2) Bosshardt, a.a.O. - Im Falle der Bestellung von Sondergut der Ehefrau aus ihrem Eingebachten tritt ein Haftungszug nicht ein, da das Sondergut den Vollgläubigern ausnahmslos haftet, Art. 207.

3) "Réduire l'al. 1er à une mesure de protection en faveur des seuls créanciers réservés, dans un cas plus théorique que pratique, serait n'attribuer à ce texte que la valeur d'un principe platonique. L'interprétation doit éviter tout résultat négatif", Cuttat 95.

4) Die Inkongruenz mit dem Wortlaut des Gesetzes, zu der die Interpretation des Abs. 2 im Sinne einer Mitverpflichtung unter ausschliesslicher Geltung im Falle des Vermögensüberganges führt, wird von den meisten Autoren zugegeben, ohne dass daraus aber der Schluss gezogen würde, dass diese Auslegung dem Gesetz nicht adäquat sein könne. Vgl. z.B. Bosshardt 19, 64, Gmür, Art. 188 N. 18, Cuttat 91, 94. Vielmehr wird versucht, durch Interpretation des Begriffs des "Vermögensüberganges" in Abs. 2 den Anwendungsbereich des Abs. 1 zu erweitern. So vermag ein Güterstandswechsel eine Pfändung nicht mehr zu tangieren, BGE 45 II 115 (ohne Begründung, nachdem es in BGE 38 I 688 die Frage noch als offene bezeichnet hatte), Bosshardt 19 (aus reinen Zweckmässigkeitsgründen), Egger, Art. 188 N. 16, Gmür Art. 188 N. 18, Cuttat 94, Kappeler 52. Bosshardt und (etwas weniger weit gehend) Denzler 131 ziehen daraus die Folgerung, dass eine Pfändung auch dann nicht mehr dahinfalle, wenn sie im Zeitpunkt der Geltendmachung der güterrechtlichen Sicherung nach Art. 188 erfolgt sei; habe in diesem Zeitpunkt eine Pfändung bereits stattgefunden, so könne dem Begehren des nunmehrigen Eigentümers auf Aufhebung des Pfandnexus die Einrede aus Art. 188 Abs. 1 entgegengehalten werden. Ein Vermögensübergang im Sinne des Abs. 2 liege deshalb nicht vor, wenn das ins Eigentum des andern Ehegatten übergegangene Gut beim Schuldner gepfändet werden könne. "Vermögensübergang ist Ueber-eignung mit Entzug der Pfändungsmöglichkeit". S. 21. Auch Cuttat akzeptiert diese "interprétation hardie" 95. "Si nous la proposons, c'est afin d'élargir autant que possible la procédure simple en réintégration" 95.

Bosshardt und mit ihm Cuttat gelangen damit zum Ergebnis, dass eine Admassierung des übergegangenen Vermögens an sich nicht mehr zulässig ist; wenn aber trotzdem gepfändet worden ist, so lässt man es der Einfachheit und Zweckmässigkeit halber dabei bewenden und verfährt nach Abs. 1. Damit würde es ins Belieben des Gläubigers gestellt, nach Abs. 1 oder 2 zu verfahren (in diesem Sinne Cuttat 95). Der Pfändung unterliegt das gesamte im Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Schuldners befindliche Gut, einschliesslich solcher Vermögenswerte, die sich im Gewahrsam Dritter befinden und vom Schuldner oder Gläubiger als dem Schuldner gehörig bezeichnet werden, wobei nur bei Grundstücken ein Glaubhaftmachen des Zugriffsrechts erforderlich ist, Art. 10 VZG, während in allen andern Fällen ein unbe-

Gegen eine solche Auslegung spricht auch Art. 179 Abs. 3, der seinem Wortlaut nach nur mit Abs. 1 von Art. 188 korrespondiert. Hätte Abs. 2 die ihm zugeschriebene gegensätzliche Bedeutung, so bedürfte das vollständige Fehlen eines Hinweises auf Abs. 2 in Art. 179 einer näheren Begründung, und könnte Art. 179 Abs. 3 nicht mehr ohne weiteres als Verweisung auf Art. 188 als Ganzes angesehen werden¹⁾. Die textliche Uebereinstimmung des Art. 179 Abs. 3 mit Abs. 1 von Art. 188 bezeugt, dass für den Gesetzgeber der leitende Gedanke in Abs. 1 enthalten war, wozu Abs. 2 eine Ergänzung, nicht aber eine grundsätzlich andere Lösung für den Hauptfall des Vermögensübergangs darstellte, sodass in Art. 179 ein Vorbehalt zugunsten des Abs. 2 ohne weiteres unterbleiben konnte.

Das Gleiche ergibt sich aus Art. 188 Abs. 3. Gemäss Abs. 1 hat die Ehefrau die Einbeziehung des durch Güterstandswechsel oder güterrechtliche Auseinandersetzung empfangenen Vermögens in die Masse zu dulden, kann sich aber am Konkurs oder mit Anschlusspfändung an der Zwangsliquidation beteiligen und geniesst für ihre güterrechtlichen Ansprüche, insbesondere auch für die durch die Admassierung des Empfangenen entstehende Ersatzforderung, ein Konkursprivileg. Was die Ehefrau auf diese Weise heraus erhält, bleibt nach Abs. 3 den Gläubigern des Mannes entzogen, ist von der Weiterhaftung endgültig befreit. Es stellte sich nun in der Praxis die Frage, ob und auf welchem Wege die Ehefrau bei der direkten Klage oder bei ausserrechtlicher Schuldentilgung ihre Ersatzforderungen gegen den Ehemann und das Konkursprivileg zur Geltung bringen könne. Das Bundesgericht hat zunächst gestützt auf Art. 188 Abs. 2 eine Berücksichtigung dieser Ansprüche und des Privilegs abgelehnt, im wesentlichen mit der Begründung, dass, wenn man diese Ansprüche auch bei der direkten Klage hätte anerkennen wollen, dies zweifellos im Gesetz gesagt worden wäre²⁾. Das Bundesgericht anerkennt, dass die Ehefrau damit u.U. schlechter gestellt ist,

gründetes Begehren des Gläubigers genügt. Es würde lediglich davon abhängen, wie weit der Betreibungsbeamte von Amtes wegen oder auf Begehren die Pfändung auf Vermögen des Ehegatten des Schuldners ausdehnt, ob Abs. 1 oder 2 zur Anwendung gelangt (Cuttat 95); es würde dem Gläubiger ein weitgehendes Wahlrecht verliehen, was von Bosshardt (S. 23 Ziff. 6) und den andern Autoren ja gerade abgelehnt wird.

Es scheint verfehlt, "Vermögensübergang" im Sinne von Art. 188 mit einem betriebsrechtlichen, also verfahrensrechtlichen Begriff des "Entzuges der Pfändungsmöglichkeit" gleichzusetzen. "Vermögensübergang" ist ein Begriff des materiellen Rechts. Jede Pfändung ist zunächst eine provisorische und steht unter dem Vorbehalt des Widerspruchsverfahrens, in welchem erst die materiellrechtliche Frage der Zugehörigkeit der Pfändungsobjekte zum Schuldnervermögen, bezw. das Bestehen eines die Rechte Dritter ausschliessenden Zugriffsrechts des Gläubigers (Art. 106 SchKG), d.h. aber die definitive Pfändbarkeit entschieden wird. Somit bestimmt erst das materielle Recht endgültig über die Zulässigkeit der Pfändung. Wollte man aber statt auf die rein verfahrensrechtliche Pfändungsmöglichkeit auf die materiellrechtliche Pfändbarkeit abstellen, so würde man in concreto wiederum auf Art. 188 rekurrieren, ein vollständiger Zirkelschluss.

1) Eine Konsequenz, die von keinem der Autoren in Erwägung gezogen wird.

2) BGE 45 II 116/117; im gleichen Sinne BGE 54 III 254.

als wenn sie den bisherigen Zustand hätte weiterbestehen lassen und sich auf die Wahrung ihrer Ansprüche im Konkurs oder in der Anschlusspfändung beschränkt hätte; angesichts des Textes sei eine andere Entscheidung nicht möglich, der Fehler liege am Gesetz. Später hat es diese Praxis, die in der Literatur auf starken Widerspruch gestossen ist ¹⁾, im Sinne einer analogen Anwendung des Abs. 3 aufgegeben ²⁾. Die Aufnahme dieses Abs. 3 ins Gesetz ³⁾ bestätigt aber, dass man sich des Problems der Behandlung der eigenen Ansprüche der Ehefrau und eines Ausgleichs mit den Interessen der nach Art. 188 geschützten Gläubiger durchaus bewusst war. Wenn aber Abs. 3 allein auf das Admassierungsverfahren zugeschnitten ist, so wird dadurch wiederum bekräftigt, dass der Gesetzgeber nur dieses Verfahren vor Augen hatte und Abs. 2 keine verschiedene, gegensätzliche Bedeutung zukommen sollte, sodass die Ansprüche der Ehefrau in Abs. 2 nicht erwähnt zu werden brauchten.

Auch aus den Materialien ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Abs. 2 eine von Abs. 1 abweichende Bedeutung im Sinne einer unbeschränkten, persönlichen Haftung des Ehegatten des Schuldners zukommen sollte. Der Teilentwurf von 1893 steht ganz eindeutig auf dem Boden einer gegenständlich beschränkten Haftung mit den infolge Güterstandswechsels oder güterrechtlicher Auseinandersetzung empfangenen Werten ⁴⁾. Wohl erklärte Art. 203 Abs. 2 des Vorentwurfes von 1896 den Ehegatten als persönlich zur Erfüllung verpflichtet, doch ist auch hier die Haftung eine gegenständlich beschränkte, wie aus Abs. 1 des Entwurfes ⁵⁾ und den Erläuterun-

1) Guhl, ZBJV 64, 165, Homberger, ZBJV 68, 4, Held, SJZ 19, 40, Egger, Art. 188 N. 15, Mutzner (2. Aufl.), Art. 11 SchlT N. 23, Bosshardt 69 ff.

2) BGE 66 II 8.

3) Auf Vorschlag der Redaktionskommission der Expertenkommission.

4) Art. 126: Geht infolge einer güterrechtlichen Auseinandersetzung oder einer Veränderung des Güterstandes auf einen Ehegatten aus dem Vorschlag oder dem Gesamtgut Vermögen des andern oder der Gemeinschaft über, so haftet dasselbe den Gläubigern, denen es in diesem Zeitpunkt gehaftet hat, weiterhin. - Bestreitet der Ehegatte, mit derart empfangenem Gut haftbar zu sein, so trifft ihn die Beweislast.

Dazu lautete bei der Gütergemeinschaft Art. 173 Abs. 3: Die überlebende Ehefrau ist befugt, die Hälfte auszuschlagen und entgeht damit jeder Haftung. Uebernimmt sie die Hälfte, so haftet sie gemäss Art. 126 mit den übernommenen Werten.

5) Art. 203: Der Ehegatte, auf den infolge einer güterrechtlichen Auseinandersetzung oder einer Veränderung des Güterstandes aus dem Vorschlag oder dem Gesamtgut Vermögen des andern Ehegatten oder der Gemeinschaft übergeht, wird den Gläubigern des andern oder der Gemeinschaft bis zum Betrage des Empfangenen haftbar.

Belangen die Gläubiger den Ehegatten, so ist er zur Erfüllung soweit verpflichtet, als er nicht nachweist, dass das Empfangene zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht.

Les biens provenant du bénéfice de la communauté ou de la communauté elle-même restent le gage des créanciers de l'époux ou de la communauté. - Le conjoint est tenu de satisfaire les créanciers, à moins qu'il n'établissent que les biens ainsi acquis sont insuffisant.

gen hiezu hervorgeht. Sie bekräftigen den Grundsatz der Haftung des über-
gegangenen Vermögens, wobei der Gedanke einer unbeschränkten Haftung
des übernehmenden Ehegatten, analog derjenigen des Erben, ausdrücklich
abgelehnt wird¹⁾. Auch in den Erläuterungen zum Departementalentwurf und
in den Ausführungen der Berichterstatter in den eidgenössischen Räten wird
ausschliesslich mit Beispielen eines Eigentumswechsels, Vermögensüber-
gangs, argumentiert, ohne dass Abs. 2, der diese Fälle nach der Ansicht der
Mehrzahl der Autoren ausschliesslich regeln sollte, zur Auslegung herange-
zogen wird²⁾. Der Fall eines Haftungsentzuges ohne Eigentumswechsel, auf
den Abs. 1 zutreffen sollte, wird in den Materialien überhaupt nirgends er-
wähnt. Die Betonung liegt eindeutig auf Abs. 1 als dem Grundsatz, woran
durch Abs. 2 im Falle des Vermögensüberganges nichts geändert wird.

Art. 209 des Departementalentwurfes von 1900 entspricht mit geringfügigen sprachli-
chen Abweichungen dem heutigen Art. 188 Abs. 1 und 2. In der Expertenkommission gab der
Artikel zu keinen Erörterungen Anlass. Er wurde erst nach der Detailberatung seitens der
Redaktionskommission um den heutigen Abs. 3 erweitert.

1) "...Zudem wäre selbstverständlich das Anfechtungsrecht der Gläubiger vorbehalten
und dürfte ferner ein Vermögen, das in dem Zeitpunkt der Umwandlung gewissen Gläubigern
gehaftet hat, dieser Haftung nicht entzogen werden (S.62). Für diesen Fall schützt die Gläu-
biger hinreichend die Vorschrift, dass das auf den andern Ehegatten übergegangene Vermögen,
so wie es zur Zeit des Uebergangs gehaftet hat, auch weiterhin haf-
ten soll. Schwierigkeiten bereitet alsdann nur die Beweisfrage, und man könnte daran den-
ken, zur Ordnung derselben den empfangenden Ehegatten zur Errichtung eines Inventars zu
verpflichten und ihn bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung persönlich
haftbar zu erklären, gleich einem Erben, der die Erbschaft ohne
Inventar antritt. Wir glauben jedoch, dass es vollständig genüge, dem
Gläubiger eine Klage gegen diesen zu gewähren und dem beklagten Ehegatten den Beweis
zuzuschieben, wenn er einwendet, dass das Empfangene zur Bezahlung nicht ausreiche ..."
S.80. Vgl. die damit wörtlich übereinstimmenden Ausführungen in den Erläuterungen zum De-
partementalentwurf von 1900 S. 172, trotz der Unterschiede im Text der Art. 203 Teilentwurf
1896 und 209 Vorentwurf 1900.

2) Vgl. das Referat Hubers im Nationalrat, Sten. Bull. 672: "Wenn also beispielsweise
Ehegatten, die unter Gütergemeinschaft gelebt haben, während der Ehe ... zur Gütertrennung
übergehen, so können sie dadurch das Vermögen, das gemäss der ehelichen Gütergemeinschaft
bisher Gläubigern gehaftet hat, dieser Haftung nicht entziehen, sondern die Haftung be-
steht den bisherigen Gläubigern gegenüber fort, gerade wie wenn die
Gütergemeinschaft noch weiter bestände, und nur für die neuen Gläubiger ... be-
steht das neue Güterrecht. ... Das ist im Antrag der Kommission mit Art. 186 Abs. 3 (=Art.179
Abs. 3 ZGB) unter Verweisung auf Art. 194 (=188), wo dieser allgemeine Haftungsgrundsatz
aufgestellt ist, deutlich zum Ausdruck gebracht".

Ferner das Referat von Hofmann im Ständerat, Sten. Bull. 678: "Den Interessen Dritter
kann und muss man auch nach einer andern Richtung gerecht werden, indem der Grundsatz
aufgestellt ist, dass ein nach Eingehung der Ehe abgeschlossener Vertrag an der Haftung
des Vermögens gegenüber Dritten nichts mehr ändert. Vgl. Sie Art. 186
Abs. 3 ..., vgl. Sie ferner Art. 194 Abs. 1 Damit sind die Interessen Dritter durchaus in
genügender Weise gewahrt und weiterzugehen erscheint unnötig". Im gleichen Sinne auch die
Voten Bühlmann und Scherrer-Füllemann, S. 680/81. Die einzige Erwähnung des Abs. 2 fin-
det sich im Referat des welschen Berichterstatters, der sich indessen damit begnügt, Abs. 2
im Wortlaut zu zitieren, nachdem zuvor Abs. 1 als Prinzip hervorgehoben worden war. Sten.
Bull. 678.

Die in dem bundesgerichtlichen Entscheid BGE 45 II 110 ff. zum Ausdruck gebrachte Auffassung einer persönlichen Haftung muss auch durch die spätere Praxis als überholt angesehen werden. Nachdem hier die Frage noch offengelassen worden war, ob der Gläubiger neben der direkten Belangung auch auf dem Wege der Einpfändung der früheren Haftungsobjekte in der Zwangsvollstreckung gegen den primären Schuldner hätte vorgehen können, ist ihm diese Möglichkeit in BGE 65 II 108 zugebilligt worden. Sie ist nach diesem Entscheid nicht auf bestimmte Fälle beschränkt¹⁾, sodass der Gläubiger alternativ nach Abs. 1 oder 2 vorgehen oder beide Rechtsbehelfe in der Weise verbinden kann, dass er sich vorerst mit der Admassierung eines Teils der entzogenen Werte begnügt und nachher für den Ausfall des Ehegatten seines Schuldners noch direkt belangt²⁾. Die Rechtsstellung des Ehegatten und die rechtliche Natur seiner Haftung kann aber im einen oder andern Fall nicht eine verschiedene sein und von dem in die Willkür des Gläubigers gestellten Verfahren abhängen. Ob die Gläubiger, sobald man mit dem Bundesgericht beide Wege als zulässig ansieht, die Admassierung verlangen oder in einem selbständigen Verfahren gegen den Ehegatten ihres Schuldners vorgehen, so kann die Art und Weise des Gebundenseins des Ehegatten rechtlich nur gleicher Natur sein, entweder so, dass dem Gläubiger von vornherein gleichzeitig zwei verschiedene Ansprüche gegeben sind, die auf verschiedenen Wegen realisiert werden können, oder ein Anspruch, der in selbständiger wie in unselbständiger Betreibung (Admassierung) verfolgt werden kann. Unbeschränkte, persönliche Haftung schliesst aber sowohl ein gleichzeitiges, unter keinen besondern Voraussetzungen stehendes Zugriffsrecht auf einzelne Vermögenswerte innerhalb des haftenden Gesamtvermögens als auch die Admassierung als Verfahren aus³⁾. Der Ehegatte haftet entweder unbeschränkt bis zum Betrag des angefallenen Vermögens oder gegenständlich beschränkt mit dem Erhaltenen, und es kann die unbeschränkte (eventuell rechnerisch beschränkte) Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen des geltenden Schuldbetreibungsrechts nur in direkter, selbständiger Betreibung gegen den Haftenden realisiert werden⁴⁾. Nur

1) Vgl. S. 83 und dort Anm. 3.

2) So z.B. wenn er erst nach abgeschlossener Betreibung von weiterem güterrechtlich haftbaren Vermögen des Ehegatten seines Schuldners Kenntnis erhält.

3) Im Resultat ebenso Kappeler 51, Denzler 131. Nach W. Eulau 260 u. Anm. 3 würden sich allerdings persönliche und gegenständlich beschränkte Haftung nicht ausschliessen. Eine gegenständliche Beschränkung bei gleichzeitig unbeschränkter Haftung erscheint jedoch nur dort sinnvoll, wo mit der Beschränkung ein Vorzugsrecht des Gläubigers (Pfandrecht) oder des Schuldners (Inanspruchnahme der persönlichen Haftung erst nach Verwertung der speziellen Haftungsobjekte - beneficium excussionis - oder Verwertbarkeit der speziellen Objekte erst nach der Verwertung allen übrigen Vermögens) verbunden ist. Vgl. W. Eulau 260 ff. - Davon ist der Fall zu unterscheiden, wo der Schuldner neben der Haftung mit speziellen Haftungsobjekten oder einem Sondervermögen aus besondern Gründen (Delikt, Bereicherung) unbeschränkt haftet. Vgl. Art. 208 Abs. 2, 221 Abs. 2. Siehe S. 187.

4) Es kann das Vermögen des Bürgen oder der für Haushaltsschulden subsidiär haftenden Ehefrau nicht in die Masse des Hauptschuldners bezw. des Ehemannes einbezogen werden.

die Geltendmachung einer gegenständlich auf bestimmte Vermögensobjekte beschränkten Haftung ist auf dem Wege der Admassierung zulässig¹⁾. Die Admassierung setzt somit ein gegenständlich beschränktes Zugriffsrecht voraus. Damit steht aber der Entscheid BGE 65 II 105 ff., der die Admassierung allgemein zulässt²⁾, in unvereinbarem Gegensatz zu Entscheid BGE 45 II 110, in welchem ausdrücklich eine persönliche Haftung des andern Ehegatten angenommen wurde. Es ist nur das eine oder andere möglich.

Theorie und Praxis³⁾ gelangen zu der Annahme persönlicher Haftung aus der Annahme einer Schuld des Vermögensübernehmers gemäss dem Wortlaut des Abs. 2. Eine nähere Begründung wird hiefür nirgends gegeben. Die Annahme einer Schuldverpflichtung nach dem Wortlaut des Abs. 2 steht jedoch einer gegenständlichen Haftungsbeschränkung gar nicht entgegen. Die Tatsache der Verpflichtung - einstweilen eine Hypothese - besagt noch nichts darüber, mit welchen Werten der Schuldner im Falle der Nichterfüllung einzustehen hat, aus welchen Werten die Gläubiger zwangsweise Befriedigung verlangen können. Zur Entscheidung dieser Frage darf Abs. 2 nicht aus dem Zusammenhang mit Abs. 1 gerissen werden, wie es seitens der Vertreter der Schuldtheorie durchwegs geschehen ist. Es ist Abs. 2 unter Berücksichtigung des systematischen Aufbaus des Art. 188 und in Anlehnung an das in Abs. 1 statuierte Prinzip zu interpretieren. Nachdem, wie gesehen, die Auffassung einer unbeschränkten Haftung mit ausschliesslicher Anwendbarkeit des Abs. 2 bei Vermögensübergang sowohl mit dem Wortlaut und Aufbau des Art. 188 und Art. 179 Abs. 3 als auch mit den Materialien in Widerspruch steht, kann die Entscheidung im Sinne der gegenständlich beschränkten Haftung mit dem Empfangenen nicht zweifelhaft sein, da sie den Zusammenhang mit Abs. 1 und Art. 179 Abs. 3 wahrt und mit den Materialien wie auch mit der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Einklang steht⁴⁾.

Damit ist die Frage, ob Abs. 2 den andern Ehegatten als Schuldner verpflichtet werden lässt, die Frage nach der speziellen Bedeutung des Abs. 2 noch nicht beantwortet. So wenig die Annahme einer Schuldverpflichtung zur Annahme einer unbeschränkten Haftung zwingt, so wenig auch die Feststel-

Ist dies geschehen, so besitzen sie trotz ihrer Haftung ein Aussonderungsrecht. BGE 57 III 41, Sem. jud. 62, 161.

1) Es ist dies nicht unbestritten. Vgl. Blumenstein, ZBJV 50, 244 u. Anm. 2. Zur Frage des Verfahrens siehe im übrigen die §§ 23-25, S. 205 ff.

2) Die Erwägungen sind ganz grundsätzlicher Natur, und es sind keine speziellen Gründe ersichtlich, die in jenem Fall für die Admassierung und gegen eine selbständige Betreibung sprachen.

3) BGE 45 II 114.

4) Wenn Abs. 2 sagt, dass sich der Ehegatte durch Schuldentilgung im Werte des Empfangenen von der "Haftung" befreien könne, so ist es auch nur folgerichtig, unter dieser Haftung die aus Abs. 1 hervorgehende, gegenständlich beschränkte zu verstehen und nicht eine Garantieverpflichtung, für welche das Gesetz gelegentlich den Ausdruck "Haftung" verwendet (Art. 333 Abs. 1 ZGB, Art. 50 Abs. 1, 51 Abs. a, 55, 56, 101 Abs. 2 OR).

lung einer Haftung mit bestimmten Vermögenswerten zur Annahme einer Schuld des Haftenden¹⁾. Eine Schuld wird von Vogel²⁾ und Held³⁾ bestritten. Nach ihrer Ansicht gewährt Abs. 2 den Ehegatten lediglich die Möglichkeit, durch Schuldenzahlung im Werte des Empfangenen sich von der Haftung zu befreien. Zu Unrecht wird hingegen eingewendet, dass damit nur eine Selbstverständlichkeit ausgesprochen wäre und Abs. 2 einer selbständigen rechtlichen Bedeutung entbehren würde⁴⁾. Die Erschöpfungseinrede ist der gegenständig beschränkten Haftung keineswegs immanent. So vermag sich der Eigentümer eines Pfandes für eine fremde Schuld nicht etwa durch Einwerfung des Wertes des Pfandes, sondern nur durch vollständige Tilgung der Schuld von der Haftung zu befreien; ebenso bleibt das Sondergut den Sondergutgläubigern verhaftet, auch wenn die Ehefrau den Wert ihres Sondergutes übersteigende Leistungen aus ihrem Eingebrauchten gemacht hat⁵⁾. Ohne Erschöpfungseinrede müsste auch in unserem Falle angenommen werden, dass die Haftung bestehen bliebe, bis sämtliche Schulden, für welche das Empfangene haftet, getilgt sind. Abs. 2 enthält somit auch in der Auslegung Vogels und Helds keine Selbstverständlichkeit, sondern eine von den allgemeinen Grundsätzen des Haftungsrechts abweichende Beschränkung der Haftung zugunsten des Vermögensinhabers⁶⁾.

Sodann enthält Abs. 2 eine Beweisregel, die sich ebenfalls nicht schon aus Abs. 1 ergibt. Es trifft den Ehegatten die Beweislast dafür, dass - nach dem Wortlaut des Gesetzes - das Empfangene zur Bezahlung der Schulden nicht ausreicht. Auf das Admassierungsverfahren übertragen: es ist der Ehegatte dafür beweispflichtig, dass die gepfändeten Objekte nicht zu dem empfangenen Vermögen gehören. Gelingt dieser Nachweis nicht, so bleiben sie in der Pfändungs- oder Konkursmasse⁷⁾.

1) Vgl. S. 47

2) ZBJV 50, 126.

3) SJZ 19, 38 ff.

4) Kappeler 51, Böhler 295, Cuttat 87: "Quand à l'al. 2 de l'art. 188 il ajouterait platoniquement une vérité d'évidence Cette faculté est dans la logique de toute garantie limitée".

5) a. A. Steiner 126, Gmür Art. 208 N. 10.

6) Selbst wenn man die Erschöpfungseinrede hier als in der "Natur der Sache" liegend ansehen würde, so erscheint eine ausdrückliche Normierung nicht als überflüssig.

7) Es bedeutet dies nicht etwa eine subsidiäre Haftung mit dem gesamten Vermögen im Falle des Nichtgelingens des Entlastungsbeweises, sondern es bleiben die Objekte gepfändet, weil sie als zum empfangenen Vermögen gehörig vermutet werden. Vgl. hiezu Erl. 215: "Oder endlich sie errichtet ein Inventar des Gemeinschaftsanteils (bei Auflösung der Gütergemeinschaft) und haftet alsdann den Gemeinschaftsgläubigern nur mit diesem inventierten Vermögensteil. Die letztere Lösung der Frage kommt dem Resultate, das wir für das Richtige halten, am nächsten; eben deshalb glauben wir auch bei der damit übereinstimmenden allgemeinen Regel des Art. 209 (=188) als gesetzlich von selbst wirkender Ordnung ... es bewenden lassen zu können. Daraus ergibt sich, dass der Ehefrau, sobald sie den Gemeinschaftsanteil übernimmt, gegebenenfalls die Beweislast dafür zufällt, dass das überkommene Vermö-

Darüberhinaus bestimmt allerdings Abs. 2 in imperativer Form, dass der Ehegatte, der bei einer Güterstandsänderung oder güterrechtlichen Auseinandersetzung Vermögen zugeschieden erhält, die Schulden zu bezahlen habe. Ebenso der italienische Text, während der französische noch stärker betont, dass der Ehegatte persönlich gehalten sei, die Gläubiger zu befriedigen¹⁾. Das Bundesgericht²⁾ beruft sich ferner auf die Erläuterungen³⁾, die von einer Klage gegen den Ehegatten sprechen und diesem die Beweislast überbinden, "wenn er einwendet, dass das Empfangene zur Bezahlung nicht ausreiche", was ebenfalls eine Schuldspflicht anzudeuten und vorauszusetzen scheint. Diese Bemerkungen der Erläuterungen sind jedoch keineswegs beweiskräftig. Auch bei gegenständlich beschränkter Haftung für fremde Schuld ohne eigene Leistungspflicht des Haftenden ist eine Klage gegen den Haftenden auf Feststellung der Haftung und Duldung der Zwangsvollstreckung gegeben⁴⁾. Aus dem Zusammenhang ergibt sich zudem deutlich, dass diese "Klage" nicht etwa dazu dienen sollte, die Garantie zugunsten der Gläubiger durch eine Schuldverpflichtung des Vermögensinhabers zu verstärken, wird doch gerade in diesem Zusammenhang der Gedanke einer der Haftung des ohne Inventar erwerbenden Erben analogen Lösung ausdrücklich verworfen⁵⁾. Sie bezweckt vielmehr allein die Regelung der Beweisfrage in dem Sinne, dass dem haftenden Ehegatten die Beweislast für die zum empfangenen Vermögen gehörenden Werte überbunden wird. Vergleicht man den heutigen Text mit den Erläuterungen und den verschiedenen Entwürfen, insbesondere mit dem Teilentwurf von 1893⁶⁾, so liegt die Vermutung nahe, dass mit den vom Teilentwurf abweichenden späteren Formulierungen nicht eine inhaltliche Aenderung beabsichtigt war, sondern dass Abs. 2 in seiner endgültigen Fassung nicht geglückt ist und in seinem jetzigen Wortlaut über den mit dieser Bestimmung verfolgten Zweck hinausgeht⁷⁾. Im übrigen wurde schon oben festgestellt, dass ausser der Bemerkung Hubers über eine Klage gegen den Ehegatten und der Zitierung des Abs. 2 durch den welschen Berichterstat-

gen zur Tilgung der gegen sie geltend gemachten Gemeinschaftsschulden nicht mehr ausreiche. Diesen Nachweis kann die Ehefrau selbstverständlich mit einem über die ihr zugefallene Quote errichteten Inventar am leichtesten erbringen. Aber auch wenn das Inventar nicht aufgenommen worden ist, soll sie mit ihren andern Beweismitteln gehört werden, und erst ein Misslingen dieses Beweises hat zur Folge, dass sie faktisch aus der Uebernahme der Quote in die Stellung einer persönlichen Schuldnerin gerät".

1) Erl. 172. Vgl. Zitat S. 84 Anm. 2.

2) BGE 45 II 114.

3) Erl. 172. Vgl. Zitat S. 89 Anm. 1.

4) Held, SJZ 19, 40.

5) Erl. 172. Vgl. S. 89 Anm. 1.

6) Vgl. S. 88 Anm. 4.

7) Es zwingt zwar auch der deutsche Text des Abs. 2 nicht unbedingt zur Annahme einer Schuldverpflichtung, indem er sehr wohl im Sinne Vogels und Helds als Bedingung des Untergangs der Haftung ausgelegt werden kann. Held SJZ 19, 40.

ter¹⁾ sich in den Materialien keinerlei Hinweise auf eine Schuldverpflichtung des Vermögen übernehmenden Ehegatten finden, sondern konsequent nur von der Haftung mit dem empfangenen Vermögen die Rede ist.

Gegen die Annahme einer Schuldverpflichtung spricht vor allem auch Art. 227, der nach der Auffassung der Theorie lediglich einen Anwendungsfall des Art. 188 darstellt²⁾. Hier wird sowohl in Abs. 1 und 2 Schuld und Haftung auseinandergehalten, und in diesem Zusammenhang sagt Abs. 3, dass die Ehefrau bei Uebernahme ihres Gesamtgutsanteils für die Schulden des Gesamtgutes hafte, sich aber in dem Masse von der Haftung (responsabilité, responsabilità) befreien könne, als das Empfangene zur Bezahlung der Schuld nicht ausreiche. In allen drei Texten wird dabei für die Umschreibung der Haftungsgrenze eine mit Art. 188 Abs. 2 wörtlich übereinstimmende Formulierung verwendet. Von einer Verpflichtung, die Schulden zu bezahlen, ist hier indessen nicht die Rede. Dass mit dieser Abweichung auch eine sachliche Differenzierung zu Art. 188 Abs. 2 beabsichtigt war, ist aus den Materialien nicht ersichtlich³⁾, und wird auch von der Theorie nicht angenommen⁴⁾ sie wäre auch nicht gerechtfertigt. Hätte daher Art. 188 Abs. 2 die ihm zugeschriebene Bedeutung einer Verpflichtung des Vermögensübernehmers, dann wäre wohl auch in Art. 227 Abs. 3 eine die Zahlungspflicht andeutende Formulierung gewählt worden. Indem er aber ausdrücklich nur von der Haftung spricht, wozu die Erläuterungen auf Art. 188 verweisen und gleichzeitig eine Verpflichtung unmissverständlich verneinen⁵⁾ bildet Art. 227 Abs. 3 ein gewichtiges Indiz gegen die Annahme einer Schuldverpflichtung bei Art. 188 Abs. 2.

Wir gelangen daher zum Schluss, dass Art. 188 eine gegenständlich beschränkte Haftung des Vermögensübernehmers mit den aus dem bisherigen Haftungsnexus ausscheidenden Vermögensobjekten begründet, wobei sich der nunmehrige Vermögensinhaber dieser Haftung dadurch entziehen kann, dass er dieses Vermögen in die Masse einwirft, oder Schulden im Wertbetrag des Empfangenen bezahlt⁶⁾. Dabei trifft ihn die Beweislast bei der Aus-

1) Vgl. S.89 Anm. 2. a.E., BGE 45 II 114.

2) Gmür, Art. 227 N. 20, Egger, Art. 227 N. 4, 6, Bosshardt 49. Vgl. ferner Erl. 215 (zit. S.92 Anm. 7).

3) Vgl. Erl. 215, zit. S. 92 Anm. 7. Ferner Art. 173 Abs. 3 Teilentwurf 1893, zit. S.88 Anm. 4.

4) Gmür, Art. 227 N. 16, 17, Egger, Art. 227 N. 6 mit Verweisung auf Art. 188, W. Eulau 236, Bosshardt 49, wobei alle Autoren unter Ausserachtlassung der Verschiedenheit des Wortlautes auch in Art. 227 Abs. 3 eine Nebenschuld der Ehefrau annehmen.

Dass sich Abs. 2 und 3 nur auf die Ehefrau beziehen, steht nicht im Gegensatz zu Art. 188, da sich die Weiterhaftung des Ehemannes für die Gemeinschaftsschulden auch aus Art. 188 ergeben würde; Bosshardt 57. Eine Differenz besteht nur insofern, als Art. 227 Abs. 2 der Ehefrau ein Ausschlagungsrecht verleiht.

5) Erl. 215.

6) BG in S. Minoterie de Flamatt SA c. Dame Rickenbacher, v. 12.6.1941, zit. bei Knapp, ZBJV 80, 106 ff.

sonderung der Haftungsobjekte in der Betreibung oder im Konkurs, sowie wenn er sich auf die Haftungsbeschränkung oder die Haftungsbefreiung in folge Schuldenzahlung beruft¹⁾.

Ob diese Haftung auf dem Wege der Admassierung oder nur in einer selbständigen Betreibung des Haftenden realisiert werden kann, ist damit noch nicht entschieden und wird weiter unten untersucht.

§ 12. Fortdauer der Haftungsbeschränkung für Sondergutsschulden.

In dem Masse, wie sich das haftbare Vermögen des einen Ehegatten oder der Gemeinschaft durch Güterstandsänderung vermindert, wird das Vermögen und damit die Haftungsbasis der Gläubiger des andern Ehegatten erweitert. Das Gesetz steht im allgemeinen einer solchen Erweiterung der Haftungsbasis nicht entgegen; es haftet jeder Ehegatte mit seinem im Zeitpunkt der Geltendmachung der Haftung vorhandenen Vermögen, das gegenüber dem Zeitpunkt der Begründung der Gläubigerrechte durch Güterstandsänderung vermehrt worden sein kann. Das Prinzip der Erhaltung der Haftungsbasis wirkt im allgemeinen nur positiv, indem es eine Schmälerung der Haftungsrechte verhindert, nicht aber negativ, dass es eine Verbreiterung ausschliesst. Eine negative Anwendung ergibt sich indessen in Art. 208 und 221: Für Sondergutsschulden haftet die Ehefrau auch nach Aufhebung der Güterverbindung und Gütergemeinschaft nur mit dem Sondergut. Obwohl das Sondergut als Sondervermögenskomplex zu existieren aufhört und im Gesamtvermögen der Ehefrau aufgeht, tritt weder ein Haftungsentzug zu ungunsten (Art. 188) noch eine Haftungserweiterung zugunsten der Sonderguts-gläubiger ein.

Besteht heute in Literatur und Praxis²⁾ Uebereinstimmung, dass die Sondergutshaftung während des Bestehens der Güterverbindung und Gütergemeinschaft als gegenständlich (auf die Sondergutsojekte) beschränkt anzusehen ist³⁾, haben sich Zweifel über die Natur der Haftung nach Aufhebung

1) Betrachtet man die Haftung auch im Falle des Vermögensübergangs als gegenständlich beschränkt, so spielt die Frage, ob es sich um eine blosser Haftung für fremde Schuld ohne eigene Schuld des Haftenden oder um eine aus dem Vermögensübergang entstehende Schuldverpflichtung handelt, praktisch keine grosse Rolle. Der Unterschied äussert sich im wesentlichen darin, dass im ersten Falle ein Urteil nur auf Feststellung der Haftung und Duldung der Zwangsvollstreckung lauten kann, im zweiten Fall dagegen auf Leistung, und dass nur im zweiten Fall ein Verlustschein ausgestellt werden kann. Ob der Ehegatte im übrigen als Schuldner oder als Haftender zahlt, macht keinen Unterschied, da es sich diesfalls im Sinne Bosshardts und Eggers nur um eine bürgschaftsähnliche Schuld handeln könnte.

2) Vgl. Art. 68 bis SchKG.

3) Anders noch Gmür, Art. 208 N. 10, der eine rechnerisch beschränkte Haftung annimmt, beschränkt auf den Wert des Sondergutes nach Abzug der Passiven gegenüber dem eingebrachten Gut oder Gesamtgut, wobei während der Güterverbindung und Gütergemeinschaft die

dieser Güterstände ergeben, weil eben das Sondergut im Eigengut der Ehefrau aufgeht. Einzelne Autoren, denen sich auch das Bundesgericht angeschlossen hat, folgern daraus, dass damit auch die gegenständliche Haftungsbeschränkung dahinfalle und an deren Stelle eine rechnerisch beschränkte Haftung trete¹⁾, beschränkt auf den Wert des Sondergutes (Wortlaut der Art. 208 und 221) im Zeitpunkt der Güterstandsänderung²⁾ oder der Geltendmachung der Haftung³⁾.

Die hiefür gegebene Begründung erscheint jedoch nicht als stichhaltig. Wie Art. 188 und die Art. 208 und Art. 221 selbst zeigen, schliesst eine Güterstandsänderung nicht aus, dass der bisherige Güterstand in einzelnen Beziehungen nachwirkt, sodass eine gegenständliche Haftung der bisherigen Sondergutobjekte denkbar ist, auch wenn das Sondergut im übrigen seine rechtliche Existenz eingebüsst hat. Während der Güterverbindung und Gütergemeinschaft haften Sondergutobjekte ebenfalls weiter, auch wenn sie im eingebrachten Gut der Ehefrau oder im Gesamtgut aufgegangen sind, ihre Sondergutseigenschaft verloren haben, Art. 188 Abs. 1. Die gänzliche Aufhebung des Sonderguts durch Güterstandswechsel unterscheidet sich aber von diesem Fall nicht grundsätzlich, sondern nur quantitativ. Betrachtet man Art. 208 und 221 systematisch als Anwendungsfälle des Art. 188, indem den Sondergutsgläubigern der Fortbestand ihrer Zugriffsrechte garantiert wird, so steht eine Haftungsumwandlung mit Art. 188 in Widerspruch, und zwar bei der Güterverbindung auch dann, wenn man mit der in der Literatur herrschenden Meinung und der älteren Praxis in Abs. 2 eine beschränkt persönliche Haftung annimmt; denn diese tritt nach dieser Auffassung und nach dem Wortlaut des Abs. 2 nur bei einem Vermögensübergang ein, nicht aber bei einer Aenderung der Haftungsverhältnisse, bei welcher die bisherigen Haftungsobjekte in der Hand ein und desselben Ehegatten verbleiben.

Das Bundesgericht begründet seine Auffassung u.a. damit, dass die Ehefrau auch gar nicht in der Lage wäre, darzutun, dass dieser oder jener Gegenstand zum Sondergut gehörte oder nicht, da ihr als Schuldnerin das Widerspruchsverfahren verschlossen sei und auch eine analoge Anwendung nicht zulässig sei. Das Betreibungsrecht ist jedoch reines Hilfsrecht zur Verwirklichung des materiellen Rechts. Haftet ein Schuldner materiellrechtlich nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit einem gegenständlich begrenzten Teil desselben, so muss ihm im Betreibungsverfahren Ge-

Zwangsvollstreckung nur in das Sondergut (also Kumulation rechnerischer und gegenständlicher Haftungsbeschränkung), nach Aufhebung des Güterstandes dagegen in das gesamte Frauenvermögen gehen kann. Aehnlich Huber, Vorträge, 104. - Vgl. auch Cuttat 160/61.

1) BGE 64 III 162, Rüttener 159 ff., Rossel-Mentha 363, Schweizer 35 u.a.

2) So BGE 64 III 162 und die in Anm. 2 zit. Autoren, ferner Gmür, Art. 208 N. 11. Nach Schweizer tritt allerdings die Haftungsumwandlung erst mit der tatsächlichen Verschmelzung des Sondergutes mit dem übrigen Frauenvermögen ein. Auch Gmür spricht vom Wert zur Zeit seiner Vereinigung mit dem übrigen Vermögen, unter Hinweis auf Schweizer.

3) Steiner 123 ff.

legenheit zur Geltendmachung dieser materiellrechtlichen Beschränkung geboten sein und ist das Verfahrensrecht dieser materiellen Rechtslage anzupassen. Es darf die Verwirklichung des materiellen Rechts nicht deswegen unterbleiben, weil das Verfahrensrecht diesen oder jenen Fall nicht berücksichtigt hat. Berücksichtigt man den Umstand, dass das Schuldbetreibungsrecht gerade an die durch das eheliche Güterrecht des ZGB geschaffenen Rechtsverhältnisse nur lückenhaft angepasst worden ist, so kann das verwendete verfahrensrechtliche Argument nicht als stichhaltig anerkannt werden. Es steht u.E. nichts entgegen, das Widerspruchsverfahren, nachdem es im Rechtsstreit mit Dritten als das zur Feststellung der Sondergutsqualität eines Pfändungsgegenstandes geeignete Verfahren anerkannt worden ist¹⁾, in der Weise analog zur Anwendung zu bringen, dass die Ehefrau mit Bezug auf ihr früheres Sondergut als Schuldnerin, mit Bezug auf das seinerzeitige eingebrachte Gut und Gesamtgut dagegen als Dritte behandelt wird²⁾.

Ebensowenig erscheint der Hinweis auf die Materialien als zwingend. Wenn für die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung nach Aufhebung der Ehe auf das Beispiel des beschränkt haftenden Kommanditärs hingewiesen wurde, so folgt daraus nicht, dass damit auch in Art. 208 und 221 eine auf eine bestimmte Summe beschränkte Haftung vorgesehen werden wollte; denn jenes Argument bezieht sich auf die Möglichkeit einer Fortdauer der Haftungsbeschränkung als solcher³⁾. Zudem spricht das Gesetz von der Haftung mit dem Wert des Sondergutes "während und nach der Ehe", sodass auf Grund des Gesetzes in der Tat schon während des Bestehens der Güterverbindung und Gütergemeinschaft eine rechnerisch beschränkte Haftung angenommen werden müsste⁴⁾ und sich für eine Haftungsumwandlung mit dem Zeitpunkt der Beendigung der Güterverbindung und Gütergemeinschaft nichts

1) Vgl. S. 61 Anm. 6.

2) Das gleiche Problem stellt sich für die Geltendmachung der fehlenden Sondergutseigenschaft eines Pfändungsobjektes durch die Ehefrau in einer während der Ehe gegen sie geführten Betreibung. Nach der Auffassung des BG wie auch nach dem strengen Wortlaut des Art. 68bis Abs. 2 SchKG könnte die Einwendung von der Ehefrau gar nicht erhoben werden, sondern nur vom Ehemann. Vgl. dazu S. 61 Anm.5. Vgl. ferner S.231.

3) Auch die von Huber, Vorträge, 104, für die schliesslich angenommene Formulierung der Art. 208/221 gegebene Begründung zeigt, dass man nicht von den Verhältnissen nach der Auflösung der Güterverbindung oder Gütergemeinschaft ausgegangen ist. Die gewählte Formulierung sollte vielmehr die Kollokation der Voll- und Sonderguts gläubiger im Sinne der von Gmür, Art. 208 N. 13, und Rossel 363 vertretenen Methode und die Bildung zweier Massen ermöglichen, unter Ausschluss eines Vorzugsrechts der Sonderguts gläubiger auf die Sondergutsgegenstände. Dieses Ziel lässt sich jedoch auch bei konsequenter Durchführung einer gegenständlich beschränkten Haftung ohne weiteres erreichen. Im Hinblick auf den von Huber genannten Zweck muss die Formulierung als verfehlt bezeichnet werden. Entbehrt der Text der Klarheit, lässt sich aber der damit verfolgte Zweck wie in diesem Fall eindeutig feststellen, so steht nichts entgegen, das Gesetz im Sinne dieses Zweckes zu interpretieren. Dann lautet die zweckentsprechende Formulierung: Die Ehefrau ist während und nach der Ehe nur mit dem Sondergut verpflichtet ...

4) So Gmür Art. 208 N. 10.

ableiten lässt¹⁾.

Die Fixierung der Haftung auf den Wert des Sondergutes im Zeitpunkt seiner Verschmelzung mit dem übrigen Frauenvermögen bringt entgegen der Ansicht des Bundesgerichts auch keinerlei Vereinfachung des Verfahrens²⁾. Es wird in den seltensten Fällen ein vollständiges Inventar des Sondergutes unter Angabe des Schätzungswertes aufgenommen werden. Bestensfalls existiert ein Inventar des früheren eingebrachten Gutes oder der in der Gesamtgutsteilung der Ehefrau zugewiesenen Gesamtgutswerte, was die gegenständliche Ausscheidung dieser Werte im Pfändungsverfahren erleichtert, zur positiven Feststellung als negatives Indiz verwendet werden kann. Es bedarf dazu auch bei dieser Auffassung einer nachträglichen Rekonstruktion des einstigen Sondergutes, die nicht anders als bei der Vollstreckung einer gegenständlich auf die früheren Sondergutobjekte fixierten Haftung nur auf Grund einer gegenständlichen Ausscheidung des vorhandenen Vermögens vorgenommen werden kann, gerade das, was das Bundesgericht offenbar vermeiden möchte. Hat es bei der Annahme gegenständlicher Haftung des früheren Sondergutes dabei sein Bewenden, so kommt bei rechnerisch beschränkter Haftung als weitere Komplizierung die Bewertung der Objekte auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt dazu. Bedeutet dieser Umstand kaum eine Erleichterung des Verfahrens, so ist auch mit Recht auf das Willkürliche einer solchen Fixierung der Haftung hingewiesen worden³⁾, da allfällige spätere Wertverminderungen oder Wertsteigerungen unberücksichtigt bleiben. Ein Uebelstand, dem auf dem Boden dieser Auffassung nicht dadurch abgeholfen werden kann, dass für die Bewertung nicht auf den Zeitpunkt der Gütertrennung, sondern denjenigen der Geltendmachung abgestellt wird⁴⁾. Wenn eine gegenständliche Haftung des Sondergutes deswegen als ausgeschlossen betrachtet wird, weil es einer gesonderten rechtlichen Existenz verlustig geht, dann darf konsequenterweise das Schicksal der einzelnen Objekte auch in dieser Richtung nicht mehr berücksichtigt werden; ein Anspruch der Sondergutsgläubiger auf einen Wertzuwachs kann nur damit begründet werden, dass die Objekte bis zum Zeitpunkt der Realisierung der Haftung als vinkuliert betrachtet werden, was nach dieser Auffassung voraussetzungs-gemäss nicht mehr zutreffen soll.

Wie schon eingangs dieses Paragraphen angedeutet wurde, darf bei der Auslegung der Art. 208 und 221 Abs. 1 der Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften des Gesetzes, die sich auf den Wechsel eines Güterstandes beziehen, nicht ausseracht gelassen werden. Betrachtet man die Aufhebung der Güterverbindung oder Gütergemeinschaft als Anwendungsfall des Art. 188,

1) Ebenso Denzler 46.

2) Im gleichen Sinne Müller 15 Anm. 9, Denzler 44.

3) Steiner 123, Roboz 95, Denzler 47, Schweizer 34.

4) Steiner a.a.O.

so kann der Entscheid wie dort nur im Sinne einer gegenständlich beschränkten Haftung ausfallen¹⁾, beschränkt auf die im Zeitpunkt der Aufhebung vorhandenen Sondergutswerte unter Einschluss der Ausgleichsforderungen gegen das eheliche Vermögen und der Ersatzforderungen gegen den andern Ehegatten (Art. 209, 223)²⁾; denn da das Sondergut als Sondervermögen zu existieren aufhört³⁾, ist es auch nicht mehr einer eigenen wirtschaftlichen Entwicklung fähig. Die an die Voraussetzung eines Sondervermögens gebundene dingliche Surrogation⁴⁾ findet daher keine Anwendung⁵⁾, und es tritt auch neues Vermögen, das an sich die Voraussetzungen gesetzlichen Sonderguts erfüllen würde, nicht mehr in den Haftungsnexus ein⁶⁾. Es erfolgt zwar damit ebenfalls eine endgültige Fixierung des Haftungssubstrates auf den Zeitpunkt der Güterstandsauflösung, die dadurch gemildert ist, dass dem Gläubiger ein allfälliger Wertzuwachs zugute kommt, während eine Wertverminderung die Ehefrau entlastet. Die Haftung erlischt mit dem Untergang des Objektes und - unter Vorbehalt der Anfechtungsklage, Art. 285 ff. SchKG - mit dem Ausscheiden aus dem Frauenvermögen. Soweit aber der Erlös oder ein Ersatz ins Eigengut der Ehefrau gelangt ist, Ersatzforderungen des Sondergutes an die Ehefrau bezahlt worden sind oder eine Vermischung mit dem übrigen Frauenvermögen eingetreten ist, steht dem Gläubiger ein Anspruch aus Bereicherung zu, für welchen die Ehefrau unbeschränkt haftet, Art. 208 Abs. 2, 221 Abs. 2⁷⁾.

Bei der Geltendmachung dieser gegenständlich beschränkten Haftung nach Aufhebung der Güterverbindung und Gütergemeinschaft ergeben sich nur wenige spezielle Fragen. Da in der Betreibung gegen die Ehefrau bereits im Einleitungsverfahren über den Umfang der Haftung entschieden wird (Art. 68bis SchKG)⁸⁾, hat die Ehefrau die Haftungsbeschränkung durch Rechts-

1) Ebenso Egger, Art. 208 N. 10, Roboz 94/95 (unter Hinweis auf Art. 188), Cuttat 154, Denzler 43, W. Eulau 278, Bosshardt 64, O. Müller 15 u. Anm. 9.

2) Egger, Art. 208 N. 9, Denzler 43.

3) Die Auffassung einer besondern Existenz des Sondergutes bei Gütertrennung oder nach Auflösung der Ehe (Denzler 42, Roboz 94, Cuttat 155, Schweizer 34) ist nicht haltbar. O. Müller a.a.O.

4) Genner 17 ff., insb. 34, 36.

5) a.A. O. Müller., Bosshardt 64.

6) Egger, Art. 208 N. 9, Curti Art. 208 N. 1, Roboz 95, Denzler 44. a.A. Bosshardt 64, Cuttat 155 ("La masse idéale des biens réservés continue à augmenter ou à diminuer dans le cadre des art. 190 et 191. Sa valeur ne s'arrête qu'au moment d'une poursuite"), W. Eulau 278; so offenbar auch das BG in BGE 64 III 162 für die Hypothese gegenständlich beschränkter Haftung. - Der Gläubiger hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass sich eine ihm haftende Vermögensmasse ständig entwickelt, sodass die im Text gegebene Lösung nicht unbillig ist. Denzler 44. Nur gerade in der Haftung der früheren Sondergutsobjekte wirkt der frühere Güterstand nach, während im übrigen das Sondergut nicht mehr existiert. Vgl. S. 185 ff.

7) Roboz 94/95.

8) Siehe S. 60 ff. und BGE 64 III 162.

vorschlag geltend zu machen¹⁾. Unterlässt sie einen solchen oder wird derselbe beseitigt, so kann sie sich nachträglich nicht mehr auf eine Haftungsbeschränkung berufen. Die gegenständliche Feststellung und Ausscheidung der Haftungsobjekte erfolgt dagegen erst im Pfändungs- und Widerspruchsverfahren. Soweit es sich um gesetzliches Sondergut gemäss Art. 191 Ziff. 1 und 2 handelt, ist dieselbe leicht durchführbar; ebenso bei früherem ehevertraglichen Sondergut und Sondergut aus Zuwendungen Dritter, indem die früheren Güterrechtsregistereintragen und Sondergutsverzeichnisse herangezogen werden können. Schwierigkeiten kann dagegen die Beweisfrage bei Anschaffungen aus Arbeiterwerb und Surrogaten von ehevertraglich oder von Dritten bestelltem Sondergut bereiten, wo die Sondergutsqualität weder aus objektiven Merkmalen der Pfändungsobjekte noch aus Registereintragungen erkennbar ist. Art. 208 und 221 enthalten im Gegensatz zu Art. 188 Abs. 2 keine Beweisregel. Für die Beweispflicht des Gläubigers würde der Umstand sprechen, dass er auch während bestehender Güterverbindung und Gütergemeinschaft für die Sondergutsqualität der Pfändungsobjekte die Beweislast trägt, Art. 193²⁾; indem aber das Sondergut als Sondervermögen zu bestehen aufhört, die Rechte des Ehemannes am Frauengut oder Gesamtgut zessieren, entfällt auch der Grund der besonderen Regel des Art. 193. Ferner liesse sich zugunsten der Beweislast des Gläubigers anführen, dass, wenn die Ehefrau im Einleitungsverfahren den Beweis für eine Sondergutsschuld geleistet hat, die Beschränkung des Zugriffs auf das ehemalige Sondergut als unmittelbar gesetzliche Folge eintritt, und es nun Sache des Gläubigers ist, den Nachweis für die ihm in diesem Falle noch haftenden Objekte zu erbringen, Art. 8 ZGB. Dadurch würde aber die Stellung des Gläubigers übermässig erschwert, indem ihm der Beweis für nicht publike interne Vermögensverhältnisse der Ehegatten aufgebürdet würde.

Die zutreffende Lösung ergibt sich aus der Parteirollenverteilung im Widerspruchsprozess. Auch wenn die Ehefrau bezüglich ihres unbeschwerten Vermögens als Dritte angesehen wird³⁾, um ihr die Möglichkeit der Einsprache in einem richterlichen Verfahren zu geben, so folgt daraus nicht, dass sie auch als dritte Gewahrsamsinhaberin (Art. 109 SchKG) die Beklagtenrolle für sich beanspruchen kann. Die Gründe, die dafür sprechen, einem an der Betreibung nicht beteiligten Dritten die Rolle des Beklagten zuzuweisen, entfallen hier, wo die Ehefrau zugleich betriebene Schuldnerin ist. Fällt ihr gemäss Art. 106/107 SchKG die Klägerrolle zu, so trägt sie auch mangels besonderer Beweisregeln die Beweislast für ihre Behauptung, dass ein gepfändeter Gegenstand nicht zum früheren Sondergut gehöre. Trägt der Gegenstand die Merkmale gesetzlichen Sonderguts, so steht ihr der Nachweis offen, dass er erst nach der Güterstandsänderung erworben wurde; ist er

1) Ebenso nach Auflösung der Ehe. Analoge Anwendung von Art. 68bis Abs. 2 SchKG.

2) Cuttat 155, Roboz 95.

3) S. 97. Vgl. auch S. 231.

nicht als gesetzliches Sondergut erkennbar, so hat sie den Nachweis zu leisten, dass er zu ihrem eingebrachten Gut gehörte oder ihr in der Gesamtgutsliquidation zugefallen ist, einen Beweis, den sie am leichtesten mit einem Frauenguts- oder Liquidationsinventar erbringt¹⁾. Macht der Gläubiger irgendwelche Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend, so ist er sowohl für die causa des Anspruches wie für die Höhe desselben beweispflichtig²⁾.

2

1) Im Resultat wie hier Gmür Art. 208 N. 11 a.E., Bartholmès 170, BGE 64 III 162.

2) Roboz 95.

2. Abschnitt:

Die Voraussetzungen des Gläubigerschutzes.

§ 13. Das Verhältnis von Art. 179 Abs. 3 und 188.

Art. 179 Abs. 3 ist erst im Verlauf der parlamentarischen Beratung nach den Vorschlägen der nationalrätlichen Kommission ins Gesetz aufgenommen worden, als in Abweichung von den Vorschlägen der Expertenkommission, jedoch in Uebereinstimmung mit dem Vorentwurf, der Grundsatz der Ehevertragsfreiheit auch während bestehender Ehe angenommen wurde. Das Fortdauern der Vermögenshaftung bildet das Korrelat zu der den Ehegatten gewährten Freiheit, ihre güterrechtlichen Beziehungen während der Ehe zu ändern. Dabei wurde im Kommissionsantrag ausdrücklich auf Art. 188 (= Art. 194 des Entwurfes) verwiesen¹⁾. Trotz textlicher Abweichungen kommt daher Art. 179 Abs. 3 in Bezug auf die Art und Weise des Schutzes der bestehenden Haftungsrechte der Gläubiger keine von Art. 188 abweichende Bedeutung zu²⁾. Er bildet einen Anwendungsfall des in Art. 188 enthaltenen und näher ausgeführten Prinzips.

Der Anwendungsbereich des Prinzips der Erhaltung der Haftungsbasis wird in Art. 188 durch die Begriffe des Güterstandswechsels und der güterrechtlichen Auseinandersetzung bestimmt. Dabei wird nicht nach dem Grund des Güterstandswechsels, ob Ehevertrag, richterliches Erkenntnis oder unmittelbar von Gesetzes wegen (Konkurs, Wohnsitzwechsel, Art. 250) unterschieden. Art. 188 umfasst somit auch den Güterstandswechsel durch Ehevertrag sei es, dass an Stelle des gesetzlichen Güterstandes ein vertraglicher angenommen oder ein vertraglicher Güterstand aufgehoben und durch einen andern vertraglichen oder durch den ordentlichen gesetzlichen ersetzt wird. Insofern decken sich Art. 179 Abs. 3 und Art. 188.

Art. 179 Abs. 3 steht unter dem Marginale "Güterstand des Ehevertrages", wobei Abs. 2 ferner bestimmt, dass die Ehegatten einen der im Gesetz

1) "Ein nach Eingehung der Ehe abgeschlossener Ehevertrag kann jedoch die bis dahin bestehende Haftung des Vermögens gegenüber Dritten nicht beeinträchtigen (Art. 194)", wozu Huber als Berichterstatter ausführte: "Das ist im Antrag der Kommission mit Art. 186 Abs. 3 unter Verweisung auf Art. 194, wo dieser allgemeine Haftungsgrundsatz aufgestellt ist, deutlich zum Ausdruck gebracht". Sten. Bull. 1905, 672. Die Ersetzung des Ausdruckes "kann" durch "darf" und die Streichung der Verweisung auf Art. 194 (=188) erfolgte seitens der Redaktionskommission, ohne dass darüber im Rat eine Diskussion stattgefunden hätte, sodass sie als rein redaktioneller Natur anzusehen ist. Im französischen Text unterblieb eine Aenderung ("ne peut porter atteinte").

2) Vgl. hiezu die S. 79 Anm. 2 zit. Literatur, speziell Büchler, ZBJV 63, 289 ff.

geordneten Güterstände anzunehmen haben. Es könnte daraus der Schluss gezogen werden, dass Art. 179 Abs. 3 nur auf jene Fälle Anwendung finde, wo eben durch Vertrag einer der im Gesetz vorgesehenen Güterstände angenommen oder aufgehoben wird, d.h. nur auf die Fälle eines totalen Güterstandswechsels, eines Wechsels der Güterrechtssystems. "Güterstand des Ehevertrages" steht jedoch im Gegensatz zum "ordentlichen Güterstand" (Marginale zu Art. 178), der besteht, "insofern die Ehegatten nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren". Unter "Güterstand des Ehevertrages" ist daher jede vom ordentlichen gesetzlichen Güterstand abweichende Ordnung zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob der Ehevertrag einen völligen Wechsel des Güterrechtssystems oder nur eine Aenderung in Einzelheiten bewirkt¹⁾. Indem Abs. 3 nicht an den Begriff des "Güterstandswechsels", sondern des Ehevertrages anknüpft, wird das Prinzip der Erhaltung der Haftungsbasis auf sämtliche Güterstandsänderungen durch Ehevertrag ausgedehnt. Die Praxis ist damit der theoretisch und praktisch nicht leicht zu treffenden Unterscheidung zwischen einem Wechsel des Güterstandes und einer blossen Modifikation enthoben²⁾, und es wird zugleich vermieden, dass sich die Ehegatten statt eines Güterstandswechsels einzelner Vermögensverschiebungen (z.B. durch sukzessive Bestellung des Frauenvermögens zu Sondergut) bedienen, um bei gleichbleibendem formellen Güterstand ihre vermögensrechtlichen Beziehungen auf eine neue Grundlage zu stellen und gleichwohl der Haftung des Art. 188 zu entgehen. Es genügt festzustellen, ob durch Ehevertrag die Haftungsbasis verändert worden ist. Art. 179 Abs. 3 und 188 bezeichnen somit zwei Bereiche, die sich teilweise überschneiden, ohne sich aber zu decken³⁾.

Güterstandswechsel und Güterstandsmodifikation lassen sich unter dem Oberbegriff der Güterstandsänderung zusammenfassen, beruhe sie auf Gesetz, Vertrag oder Richterspruch. Diesen auf Begründung neuer güterrechtlicher Beziehungen gerichteten Tatbeständen werden in

1) Gmür, Art. 188 N. 2, Egger, Art. 179 N. 5.

2) Die beiden Begriffe ermangeln in der Theorie einer klaren Abgrenzung. So erblicken z.B. Bächler 298, M. Eulau 137 ff., Billinger 58 in der Gütereinheit des ZGB im Gegensatz zur albernischen Gütereinheit nicht einen Güterstand sui generis, sondern eine blosser "Modifikation" der Güterverbindung. Handelt es sich bei Gütergemeinschaft und Güterverbindung mit vertraglichem Sondergut oder bei Gütertrennung mit Ehesteuer um besondere Güterstände oder um eine Modifikation der Güterverbindung, -gemeinschaft, -trennung? In ersterem Sinne M. Eulau 119, letzterer Auffassung wohl eher Gmür, Art. 179 N. 32-37, Bosshardt 51 Anm. 4, Billinger 57/58, Kappeler 4. Kappeler verwendet mit Bezug auf Art. 199, 237, 247 den Begriff eines "partiellen Wechsels" des Güterstandes, S. 6, ebenso Bosshardt 30 bei Uebergang von beschränkter zu allgemeiner Gütergemeinschaft und Bestellung einer Ehesteuer bei Gütertrennung (Anm. 34). Mit Recht macht M. Eulau darauf aufmerksam, dass ein Kriterium, wann ein Wechsel oder eine Modifikation vorliege, regelmässig nicht angegeben wird, S. 119. Vom Standpunkt des Gläubigerschutzes wird nur eine umfassende Anwendung des Art. 188, die nicht auf die von den Ehegatten zufällig oder absichtlich gewählte Rechtsform - Wechsel oder Modifikation - abstellt, den Verhältnissen gerecht.

3) Vgl. auch die Gegenüberstellung bei Bächler 290.

Art. 188 Abs. 1 die auf die Liquidation bisheriger güterrechtlicher Beziehungen gerichteten Rechtsakte, die güterrechtliche Auseinandersetzung, gleichgestellt. Art. 188 schützt damit ganz allgemein die Haftungsrechte der Gläubiger gegen nachträgliche Aenderungen güterrechtlicher Natur im Bestand des haftenden Vermögens.

Im Begriff der Güterstandsänderung und der güterrechtlichen Auseinandersetzung liegt gleichzeitig auch die Schranke der Geltung des Art. 188. Art. 188 findet nur Anwendung bei Aenderungen güterrechtlicher Natur im Bestand des haftenden Vermögens. Er schützt dagegen nicht gegen Vermögensverminderungen aus andern Gründen, durch Rechtsgeschäfte zwischen den Ehegatten mit Bezug auf die persönlichen Wirkungen der Ehe (z.B. in Erfüllung ihrer Unterhalts- und Beistandspflicht), Rechtsgeschäfte obligationen- und sachenrechtlichen Charakters (Art. 177 Abs. 1 und 2 wie Schenkungen¹⁾, Kauf, Tausch) oder Verfügungen von Todes wegen mit Leistungen bei Lebzeiten des Erblassers. Vermögensänderungen güterrechtlicher Natur sind daher scharf gegen Aenderungen aus andern Gründen abzugrenzen und insbesondere der Ehevertrag von andern Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten, die güterrechtliche Auseinandersetzung von der erbrechtlichen begrifflich scharf zu trennen²⁾. Dabei kommt es nicht auf die von den Ehegatten gewählte Form, sondern den materiellrechtlichen Inhalt des Rechtsgeschäfts an; denn es kann nicht den Ehegatten freigestellt werden, durch Wahl einer speziellen Vertragsform Art. 188 anwendbar werden zu lassen oder auszuschliessen. Es wird allerdings nur ausnahmsweise vorkommen, dass ein rein obligatorischer oder sachenrechtlicher Vertrag in der Form eines Dritten gegenüber wirksamen Ehevertrages abgeschlossen wird, da Vormundschaftsbehörde und Güterrechtsregisterführer ihre Mitwirkung ver-sagen werden (Art. 181 Abs. 2, 248 ZGB, Art. 10 lit. a GRVO). Häufig sind dagegen in einem formellen Ehe- oder Auseinandersetzungsvertrag neben güterrechtlichen Klauseln Bestimmungen obligatorischer und sachenrecht-

1) Nach Bosshardt 38/39 und Kappeler 5 fallen auch Schenkungen unter Art. 188, da jede Schenkung unter Ehegatten das bisherige Güterrecht notwendigerweise verändere. Dagegen BGE 61 II 317, M. Eulau 168. Diese Auffassung verkennt das Wesen des ehelichen Güterrechts.

2) Es ist genau zu unterscheiden, "ob ein güterrechtliches Verhältnis entsteht, weil ein bestimmtes gewöhnliches Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist, oder ob ein solches Rechtsgeschäft nur vorgenommen werden kann unter Abweichung von den Normen des jeweils geltenden Güterstandes", Baligand 6. - In der Praxis wird häufig zu wenig genau unterschieden. Vgl. z.B. ZBGR 8, 236, 237: Die Zuwendung des gesamten Mannesvermögens an die Ehefrau ist, soweit dadurch nicht güterrechtliche Ersatzforderungen getilgt werden, nicht güterrechtlicher Vermögensübergang, sondern Schenkung und daher nicht nach Art. 181 Abs. 2 genehmigungspflichtig. Güterrechtlich war in diesem Fall nur die Abrede beschränkter Gütergemeinschaft und die Unterstellung des Frauenvermögens unter Gütertrennung.

Unrichtig auch Roboz 94, der Art. 188 als anwendbar betrachtet, wenn die Ehefrau ihre Ersparnisse aus selbständiger Arbeit der Verwaltung des Mannes anvertraut. Soweit dabei ein Eigentumswechsel eintritt - durch Vermischung von Bargeld, von Wertpapieren im irregulären Depot - ist dieser rein sachenrechtlich bedingt.

licher Natur enthalten (z.B. Schenkungen, Schulderrass). Bei solchen gemischten Rechtsgeschäften ist genau nach dem Rechtsgrund eines Vermögensüberganges oder einer Aenderung im Bestand des haftbaren Vermögens zu unterscheiden und die Anwendung des Art. 188 streng auf die güterrechtlichen Vermögensveränderungen zu beschränken¹⁾.

§ 14. Der Ehevertrag.

a) Begriff und Abgrenzung.

Die Begriffsbestimmung wurde im vorangehenden Paragraphen bereits vorweg genommen. Ehevertrag ist das Rechtsgeschäft zwischen Ehegatten, das sich auf den Güterstand bezieht und die gegebene Güterordnung anwendet oder innert den hiefür gesetzten Schranken ändert, sei es, dass eine vom gesetzlichen Güterstand abweichende grundlegende Ordnung angenommen oder aufgehoben oder der bestehende gesetzliche oder vertragliche Güterstand in Einzelheiten mit Bezug auf einzelne Vermögenswerte geändert wird²⁾³⁾.

Nicht entscheidend ist der generelle oder spezielle Charakter einer Vereinbarung⁴⁾, oder dass sie sich auf die "grundlegende Ordnung" der vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe bezieht und dieselbe in grundlegender Weise umgestaltet⁵⁾. Indem den Ehegatten nicht nur gestattet ist, einen vom Gesetz geordneten Güterstand anzunehmen, sondern die zur Verfügung

1) Vgl. den Fall eines rein fiktiven "Ehevertrages" in BGE 63 III 27. Das BG beurteilte diesen Fall unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs. Der Ausschluss der Anfechtungsklage - nach geltender Praxis - ist jedoch nicht durch die Form des Ehevertrages begründet, sodass die Form als solche rechtsmissbräuchlich verwendet werden könnte; massgebend ist der Vertragsinhalt. Unrichtig daher auch ein Entscheid des Bezirksgerichts Bülach, SJZ 33, 17, wo allein auf die Ehevertragsform abgestellt, Art. 188 auch auf reine Liberalitäten als anwendbar erklärt und damit die Anfechtung ausgeschlossen wurde.

2) Ganzoni 215, 223, Billinger 19, 21, Henrici, ZSR 33, 20 im Anschluss an Gierke, Deutsches Privatrecht, I 201 Anmerkung 26; Gampert 42.

3) Es genügt nicht, den Ehevertrag als Vertrag zu bezeichnen, der nur von Ehegatten und nicht auch von beliebigen Dritten abgeschlossen werden könne, Gmür Art. 179 N. 18, Weiss 33, ferner die bei Gampert 31 genannte Literatur. Es fehlt gerade die entscheidende Aussage, weshalb ein Rechtsgeschäft nur von Ehegatten geschlossen werden kann. Darauf, dass die Ehe Motiv eines Vertrages und seiner speziellen Gestaltung sein kann, kann nichts ankommen. Stellt man aber mit Giesker-Zeller 23 darauf ab, dass ein Rechtsgeschäft nur zwischen Ehegatten abgeschlossen werden könne, weil es die gesetzlichen vermögensrechtlichen Folgen der Ehe herbeiführt oder ausschliesst, so nimmt man auf die gesetzliche vermögensrechtliche Ordnung zwischen den Ehegatten Bezug und ist eben gerade diese Beziehung entscheidend und nicht der Umstand, dass es sich bei den Vertragsparteien um Ehegatten handelt, als solcher. Letzteres ist nur insofern bedeutsam, als das Eheband unerlässliche Voraussetzung einer besonderen vermögensrechtlichen Ordnung, eines Güterstandes ist.

4) So Dernburg, Deutsches Familienrecht (1908) § 54 IV, auch Gmür, Art. 179 N. 18 a.E.; vgl. hiezu Gampert 27.

5) Gmür, Art. 179 N. 18, Kappeler 4 und Anm. 5.

gestellten Güterstände nach bestimmten Richtungen in Einzelheiten zu ändern (Bestellung von Sondergut, Art. 190, Uebertragung von Frauengutswerten ins Manneseigentum, Art. 199, Beschränkung des Gesamtgutes durch Ausschluss einzelner Vermögenswerte, Art. 237 Abs. 1, Bestellung, Erweiterung oder Beschränkung einer Ehesteuer, Art. 247¹⁾), wobei hiefür die Form des Ehevertrages erforderlich ist, ist eine Abgrenzung nach dem generellen oder grundlegenden Charakter eines Vertrages jedenfalls für das schweizerische Recht nicht durchführbar²⁾. Entscheidend ist vielmehr das Verhältnis des Rechtsgeschäfts zu der im konkreten Fall geltenden Güterordnung, die durch den Vertrag verwirklicht oder als Ganzes oder in Einzelheiten geändert werden soll.

Welche Rechtsbeziehungen nun allerdings unter die Güterordnung fallen und welche Rechtsakte damit güterrechtlicher Natur sind, lässt sich nicht begrifflich abstrakt bestimmen, sondern nur auf Grund der geltenden konkreten Rechtsordnung. Der Begriff des ehelichen Güterrechts ist ein Rechtsinhalts-, nicht ein Rechtswesensbegriff. Es ist nicht im Wesen der Ehe als Rechtsinstitut begründet, dass die Ehegatten einem besondern, vom allgemeinen Vermögensrecht abweichenden vermögensrechtlichen Regime unterstellt sind³⁾. Es ist vielmehr eine von jeder Gesetzgebung immer wieder neu und selbständig zu beantwortende Frage, ob und wie weit besondere Normen gelten sollen. Der Bereich des ehelichen Güterrechts ist damit kein begrifflich fest umrissener, sondern kann nur auf Grund des in Frage kommenden positiven Rechts festgestellt werden⁴⁾. Dabei kann wegen des engen sach-

1) Vgl. hiezu S. 103.

2) Ebenfalls ablehnend Ganzoni 219, Droin 253 in Anlehnung an Egger, 1. Aufl. Art. 179 Anm. 2d, Gampert 28 und weitere dort zit. Literatur, Baligand 6. Zur Subsumierung von Vereinbarungen speziellen Inhalts unter den Ehevertragsbegriff ferner Billinger 21, Egger, Art. 179 N. 5, M. Eulau 116 ff.

Die Unterscheidung zwischen genereller und spezieller Wirkung ist formaler Natur, wozu durch die Bedingung, dass der Vertrag auf eine grundlegende Ordnung der Beziehungen ausgehe, ein Wertmoment hinzugefügt wird, wodurch die Abgrenzung immer etwas Willkürliches an sich hätte. Zudem würde dem Parteiwillen und der von den Ehegatten gewählten Formulierung massgebliche Bedeutung zukommen. So könnte eine Liegenschaft dadurch vom Gesamtgut ausgeschlossen werden, dass sie zu Sondergut oder Gütertrennungsgut erklärt wird, Art. 190 Abs. 1, 237 Abs. 2, oder dass die Ehegatten die Gütergemeinschaft auf Fahrnis beschränken, Art. 237 Abs. 1. In beiden Fällen ist der momentane Erfolg derselbe. Die erste Lösung ist zweifellos spezieller Natur und wäre daher kein Ehevertrag, während die zweite, weil genereller Art, nach einer Auffassung einen Ehevertrag darstellen würde, während sich nach Gmür die weitere Streitfrage erheben würde, ob darin eine grundlegende Aenderung des Güterstandes zu erblicken ist. Da das positive Recht in jedem Fall die Form des Ehevertrages verlangt, ergäbe sich die Konsequenz einer Unterscheidung zwischen materiellen und rein formellen Eheverträgen, die wiederum das Ungenügen dieser Begriffsbestimmung zeigt.

3) Vgl. zur Opportunität eines besondern Güterrechts Huber, Erl. 120, Wieland, Zur Vereinheitlichung d. ehelichen Güterrechts, ZSR 18, 319 ff., Huber, Referat, und die kritischen Bemerkungen Martins in ZSR 47, 116/117a.

4) Vgl. hiezu Giesker-Zeller S. 16: "Ein wissenschaftlich genaues principium divisionis

lichen Zusammenhangs die Abgrenzung gegenüber den Grundsätzen über die persönlichen Wirkungen der Ehe und gegenüber dem Erbrecht (z.B. in Art. 214 Abs. 3, 226) gewisse Schwierigkeiten bereiten, da schliesslich das Ehegüterrecht zur Verwirklichung der allgemeinen Ziele des Eherechts beitragen soll und selbst von dessen allgemeinen Grundsätzen beeinflusst wird. Im Zweifel ist auf die vom Gesetz gewählte Systematik abzustellen¹⁾. Darnach sind nicht güterrechtlich die Vorschriften im Titel über die allgemeinen Wirkungen der Ehe, soweit sie unabhängig von einem bestimmten Güterstand generelle Wirkung für alle Ehen besitzen; es sind Wirkungen der Ehe als solche, nicht eines bestimmten Güterstandes, des ehelichen Güterrechts²⁾. Güterrechtlich sind dagegen die Vorschriften des sechsten Titels, die die allgemeinen Grundsätze des Eherechts auf die einzelnen Güterstände anwenden und im Hinblick darauf modifizieren; so Art. 168 Abs. 2³⁾, Art. 176 Abs. 1, Art. 177 Abs. 2⁴⁾.

In formeller Hinsicht sind jedoch zwei Einschränkungen zu machen:

1. Soweit ein Vertrag die im Gesetz gegebene Ordnung lediglich bestätigt und anwendet, kommt ihm neben dem Gesetz keine selbständige Bedeutung zu. Er bedarf daher nach im wesentlichen übereinstimmender Auffassung in Literatur und Praxis weder der Form des Ehevertrages (argumentum e contrario aus Art. 178)⁵⁾, noch der vormundschaftsbehördlichen Genehmigung⁶⁾, noch ist ein solcher Rechtsakt registrierungsfähig⁷⁾. So

(zwischen Güterrecht und persönlichem Eherecht) lässt sich kaum finden", oder Henrici 325, dass die Abgrenzung zwischen Ehevertrag und Erbvertrag, Güterrecht und Erbrecht nur empirisch möglich sei. Bemerkenswert ist unter diesem Gesichtspunkt die in Art. 9 SchlT getroffene Lösung, die Ausscheidung zwischen Ehegüterrecht und Ehegattenerbrecht den Kantonen zu übertragen. - Die grundsätzliche Unmöglichkeit einer abstrakt begrifflichen Abgrenzung wird vielfach verkannt.

1) Baligand 4, Billinger 21, Ganzoni 217, 223, Heitz, Die Rechte des überlebenden Ehegatten, 17.

2) Nicht güterrechtlich sind demnach die Vorschriften über die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft, Art. 162 bis 166, die Berufsausübung der Ehefrau, Art. 167, das Betreibungsverbot, Art. 175 bis 176 mit Ausnahme des Art. 176 Abs. 1 (siehe im Text).

3) Gmür, Art. 168 N. 11, Panchaud 30, Giesker-Zeller, ZBJV 47, 580. Im weitern siehe S. 52 ff.

4) S. 43. Art. 168 Abs. 2 und 177 Abs. 2 hätten daher auch im 6. Titel des Gesetzes untergebracht werden können. Umgekehrt hätte die subsidiäre Haftung der Ehefrau für Haushaltsschulden im 5. Titel, etwa nach Art. 166 geregelt werden können, da dieser Grundsatz allen Güterständen gemeinsam, damit unabhängig vom Güterstand eine allgemeine Wirkung der Ehe ist. Vgl. S. 5.

5) Gmür, Art. 179 N. 7, Droin 253.

6) Im Resultat gleich Gampert 55, 56.

7) Ein Vertrag, in welchem die Ehegatten die Güterverbindung unverändert als Güterstand annehmen, ist nicht eintragungsfähig; Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1297 VII, VEB 4 Nr. 45, 46; ebensowenig Frauengutsinventare gemäss Art. 197, Burckhardt Nr. 1297 XII. Eine Ausnahme wird zugelassen für Inventare über gesetzliches Sondergut, Art. 16 Abs. 2 GRVO.

wenn die Ehegatten den Beitrag der Ehefrau an den Haushalt aus ihrem Sondergut (Arbeitserwerb) oder Gütertrennungsgut festsetzen (Art. 192 Abs. 2, 246)¹⁾ oder den Beitrag durch den Richter festsetzen lassen (Art. 169/170 Abs. 3, 246 Abs. 2), Form und Umfang von Sicherheiten für das eingebrachte Frauengut oder die Frauengutsansprüche bei Gütertrennung bestimmen (Art. 205 Abs. 2, 189 Abs. 3), Einzelheiten der ehemännlichen Verwaltung und Abrechnungspflicht regeln (Art. 205 Abs. 1), sich über Ersatzanschaffungen (Art. 196 Abs. 2)²⁾ oder über die Behandlung von seitens der Ehefrau eingebrachten Inhaberpapieren (Art. 201 Abs. 3)³⁾ verständigen. Obwohl güterrechtlicher Natur und damit materiell Eheverträge, bedürfen sie doch kraft positiven Rechts nicht der speziellen Form⁴⁾.

2. Der Form des Ehevertrages bedürfen ferner nur diejenigen Vereinbarungen, die auf die Begründung eines neuen güterrechtlichen Verhältnisses gerichtet sind, nicht aber auf die Liquidation bisheriger güterrechtlicher Beziehungen. Obwohl die Auseinandersetzungsgeschäfte die oben genannten Voraussetzungen eines materiellen Ehevertrages erfüllen, fallen sie nach übereinstimmender Auffassung von Literatur und Praxis nicht unter Art. 181⁵⁾. Eine Ausnahme besteht für eine vom Gesetz abweichende Vorschlags- und Gesamtgutteilungsvereinbarung, Art. 214 Abs. 3, 226, 240 Abs. 3, welche der Form des Ehevertrages bedarf, obwohl sie sich auf die Liquidation des Güterstandes bezieht⁶⁾.

Die Formvorschriften für den extern wirksamen Ehevertrag müssen

Sie sind eintragungsfähig, werden aber nicht publiziert.

1) Egger, Art. 179 N. 6, Art. 246 N. 5, Gmür Art. 179 N. 20, 37, Billinger 22. a.A. Ganzoni 225, Baligand 5/6 für einen generellen Verzicht des Ehemannes auf einen Beitrag der Ehefrau an die Haushaltslasten oder auf die Nutzung am Frauengut. Ein solcher Verzicht ist jedoch überhaupt nicht möglich, sondern nur ein solcher auf einzelne Leistungen und Erträge. Billinger 22. Egger, Art. 201 N. 4.

2) Egger Art. 179 N. 6.

3) Egger a.a.O., BGE 47 II 135, 57 II 451.

4) Es wird diesen Rechtsgeschäften daher gelegentlich der Ehevertragscharakter abgesprochen, obwohl ihre güterrechtliche Grundlage nicht verneint werden kann; so Billinger 22. Vgl. auch die Ausdrucksweise bei Egger, Art. 179 N. 6 ("Nach positiver Vorschrift können jedoch bestimmte, ihrer Natur nach güterrechtliche Vereinbarungen in formloser Weise getroffen werden ...") oder bei Gmür, Art. 179 N. 18 ff., wo unter dem Titel "Inhalt des Ehevertrages" zwischen "ehevertragsbedürftigen" und "nicht ehevertragsbedürftigen" Vereinbarungen unterschieden wird. Ebenso bei Ganzoni 214. Wir ziehen es vor, sie beim Namen zu nennen.

5) Gmür Art. 179 N. 20, Egger Art. 179 N. 4, Ganzoni 226, Billinger 22, unter Vorbehalt der antizipierten Auseinandersetzung und der Anwendbarkeit von Art. 177 Abs. 2. Vgl. hiezu S. 166 ff. Soweit die Auseinandersetzungsgeschäfte die Liquidationsvorschriften des Güterstandes anwenden, ergibt sich die Ausnahme von den Formvorschriften schon aus dem in Ziff. 1 genannten Gesichtspunkt.

6) Zur Frage der Eintragungsfähigkeit vgl. S. 17.

somit gemäss dem Wortlaut des Art. 178 nur erfüllt sein, sofern ein Vertrag im Rahmen des gesetzlich Zulässigen auf eine Aenderung des bestehenden gesetzlichen oder vertraglichen Güterstandes (unter Einschluss der Liquidationsvorschriften) gerichtet ist und für die Zukunft Recht schaffen soll. Es ergibt sich daraus ein engerer Begriff des formellen Ehevertrages, der als Rechtsgeschäft, in welchem Ehegatten oder Verlobte ihre güterrechtlichen Verhältnisse abweichend von den subsidiären Bestimmungen des Gesetzes oder eines früheren Vertrages ordnen, bestimmt werden kann¹⁾. Auch für den Ehevertrag im formellen Sinn ist wesentlich die Beziehung auf den bestehenden (beim Ehevertrag Verlobter auf den subsidiären gesetzlichen) Güterstand, doch ist das Verhältnis zu ihm ein negatives, gegensätzliches, indem der Vertragswille auf eine Aenderung desselben gerichtet ist²⁾. Das Rechtsgeschäft ist daher nie isoliert, sondern auf Grund des für die betreffenden Ehegatten massgeblichen gesetzlichen oder vertraglichen Güterstandes zu prüfen. Ergibt sich dabei der Vertragswille nicht mit genügender Klarheit aus dem Inhalt des Vertrages selbst, so entscheidet in letzter Linie der aus den Umständen hervorgehende, von den Parteien verfolgte Zweck³⁾. Im Zweifel ist nicht auf einen Ehevertrag zu schliessen; denn das eheliche Güterrecht stellt im Verhältnis zum allgemeinen Vermögensrecht ein Sonderrecht dar, das nicht extensiv anzuwenden ist, und es ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass die Ehegatten die für sie geltende güterrechtliche Ordnung ändern wollen. Nach diesen Regeln bestimmt sich die Formgültigkeit der Vereinbarung und die Anwendbarkeit von Art. 188.

b) Persönliche Voraussetzungen, Abschluss und Form.

Die Fähigkeit zum Abschluss eines Ehevertrages ist unter Vorbehalt des Erfordernisses der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde für während der Ehe abgeschlossene Verträge (Art. 181 Abs. 2) identisch mit der allgemeinen Handlungsfähigkeit. Beschränkt Handlungsfähige (unmündige Brautleute, Bevormundete) bedürfen der Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter (Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund, Art. 181 Abs. 1), Bevormundete überdies der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde (Art. 421

1) Egger Art. 179 N. 5, Gmür Art. 179 N. 3, Weiss 36, Giesker-Zeller 23, Knapp, ZBJV 78, 339, Baligand 51, M. Eulau 116, Bosshardt 51. - Im Gegensatz zu der S. 106 Anm. 2 abgelehnten Auffassung ist der formelle Ehevertrag nach der hier gegebenen Begriffsbestimmung immer auch Ehevertrag im materiellen Sinn.

2) Egger, Art. 179 N. 5: "Der Ehevertrag ... betrifft immer den Güterstand, sei es in Bezug auf ein Vermögen oder Teile eines solchen oder einzelner Gegenstände; immer will er diesen Güterstand (wie er sonst für die Ehegatten gelten würde), sei es im ganzen, sei es im einzelnen, umgestalten oder aufheben". Ebenso Weiss 36.

3) Egger, Weiss a.a.O. Zu weitgehend indessen Egger, wenn er annimmt, die Abgrenzung liege überhaupt nicht im Gegenstand des Vertrages, sondern nur im Zweck. Die Frage nach dem Zweck ist nur ein Mittel zur Erforschung des Parteiwillens.

Ziff. 9). Ist der andere Vertragsteil Vormund, so ist die Mitwirkung eines Vertretungsbeistandes gemäss Art. 393 Ziff. 2 notwendig¹⁾, und ausserdem unterliegt der Vertrag der Genehmigung durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde (Art. 422 Ziff. 7). Urteilsunfähigen ist der Abschluss eines Ehevertrages durch ihre Vertreter infolge Unmöglichkeit ihrer persönlichen Mitwirkung (Art. 181 Abs. 1) versagt²⁾.

Der Ehevertrag kann von Eheleuten oder Verlobten geschlossen werden. Die Ehe ist somit nicht Voraussetzung der Ehevertragsfähigkeit, wohl aber der Wirksamkeit des Vertrages. Dabei hat auch die ungültige Ehe bis zu ihrer Ungültigerklärung durch den Richter alle Wirkungen einer gültigen (Art. 132 Abs. 1), so auch in güterrechtlicher Hinsicht, weshalb denn auch das Gesetz eine güterrechtliche Auseinandersetzung nach den Grundsätzen über die Scheidung vorschreibt (Art. 134 Abs. 2). Die Mängel der Eheschliessung hindern somit das Entstehen güterrechtlicher Beziehungen nicht. Das gilt jedenfalls hinsichtlich des gesetzlichen Güterstandes. Es besteht indessen kein Grund, einen vertraglichen Güterstand als nichtig zu behandeln und z.B. einem vor der (ungültigen) Ehe abgeschlossenen Ehevertrag auf Gütertrennung die Wirksamkeit abzusprechen oder einer nach Entdeckung des Ungültigkeitsgrundes vereinbarten Gütertrennung³⁾ die Anerkennung zu versagen. Auch die Interessen Dritter erscheinen besser gewahrt, wenn der Gedanke, dass die ungültige Ehe bis zum Urteil die Wirkungen einer gültigen ausser, konsequent durchgeführt wird, sodass sie sich bis zur gerichtlichen Ungültigerklärung auf einen Registereintrag verlassen können; es erübrigt sich damit ein besonderer Schutz gutgläubiger Dritter⁴⁾. Der Abschluss einer gültigen Ehe ist somit nicht Voraussetzung der Gültigkeit des Ehevertrages⁵⁾, Ungültigkeit der Ehe hebt die Vertragsfreiheit nicht auf. Ein vertraglicher Güterstand oder ein Güterstandswechsel durch Vertrag, richterliches

1) Billinger 42; a.A. Fuchs, Der Ehevertrag, 17, der die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für ausreichend hält.

2) Es ist dies ein gewisser Mangel des Gesetzes, da bei Geisteskrankheit eines Ehegatten (eventuell verbunden mit dessen Internierung) das Funktionieren des gesetzlichen Güterstandes oder der Gütergemeinschaft in Frage gestellt sein kann. Es sollte mindestens der Uebergang zu Gütertrennung ermöglicht werden.

3) Andern Verträgen wird die Vormundschaftsbehörde in der Regel die Genehmigung versagen, sobald ihr die Mangelhaftigkeit der Eheschliessung bekannt ist.

4) Im Ungültigkeitsprozess kann als vorsorgliche Massnahme (Art. 145) Gütertrennung angeordnet werden, wodurch ein vertraglicher Güterstand, der einer Partei zu weitgehende Rechte über das Vermögen der andern einräumen und dieses gefährden würde, sofort suspendiert werden kann. Dadurch und durch den damit verbundenen Anspruch auf Sicherstellung, Art. 189 Abs. 3, sind die Interessen der Parteien genügend geschützt.

5) Droin 272 und im Ergebnis Henrici 320 und 292, a.A. Billinger 37 für vor der Trauung geschlossene Verträge bei Vorliegen eines unaufhebbares Ehehindernisses.

Art. 132 Abs. 2 derogiert Art. 24 ff. OR, sofern die Mängel der Eheschliessung als solcher anhaften. Anders natürlich, wenn daneben der Ehevertrag selbst wegen Willensmängeln angefochten werden kann.

Dekret oder von Gesetzes wegen ist intern wie extern wirksam, auch wenn dem Dritten die Mangelhaftigkeit der Ehe bekannt sein sollte¹⁾.

Art. 181 verlangt sodann die öffentliche Beurkundung. Die Formen der Beurkundung werden durch das kantonale Recht festgelegt²⁾; von Bundesrechts wegen ist lediglich die Unterzeichnung des Vertrages durch die Parteien und ihre gesetzlichen Vertreter³⁾ vorgeschrieben. Die Unterschrift der Parteien ist absolutes Formerfordernis⁴⁾; fehlt sie, so ist der Vertrag nichtig. Der Mangel wird weder durch die Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde noch durch die Registrierung geheilt⁵⁾. Dagegen ist die gleiche Formstrenge bezüglich der Unterschrift des Vertreters nicht am Platz. Die Vorschrift bezweckt schliesslich nur, die Mitwirkung des Vertreters sicherzustellen (Art. 19 Abs. 1, 410 Abs. 1). Lässt sich dessen Zustimmung anderweitig nachweisen, so ist der Vertrag zu schützen⁶⁾. Insbesondere hat dies auch in jenen Fällen zu gelten, wo die Unterschrift des Vormundes fehlt, weil er seine Zustimmung verweigert, die Vormundschaftsbehörde jedoch den Vertrag genehmigt hat^{7) 8)}.

1) a.A. Gmür, Art. 132 N. 7, wonach einem Dritten gegenüber, der von der bevorstehenden Geltendmachung eines Ungültigkeitsgrundes Kenntnis erlangt (nicht schon mit Kenntnis des Anfechtungsgrundes), die güterrechtlichen Wirkungen der mangelhaften Ehe zessieren. Wie oben Egger, Art. 132 N. 4.

2) Mutzner, ZSR 40, 115a, insb. 118a; von Tuhr, am gleichen Ort, S. 53. Die Beurkundung kann überall erfolgen. Die Kantone sind nicht kompetent, Beurkundung am Wohnsitz der Parteien vorzuschreiben, Just. u. Pol. Dep., SJZ 8, 357. Dagegen kann der Güterrechtsregisterführer eine Bescheinigung verlangen, dass der einzutragende Vertrag den Formen des Errichtungsortes genügt. SJZ 9, 243.

3) Im Hinblick auf Art. 274 Abs. 2 genügt bei einem Ehevertrag unmündiger Verlobter die Unterschrift des Vaters.

4) Praxis und Literatur folgern daraus ein Verbot gewillkürter Stellvertretung: Egger, Art. 180 N. 3, Gmür, Art. 180 N. 2, 181 N. 9, Mutzner, ZSR 40, 118a, Huber, Sachenrecht, S. 102 Anm. 1, Henrici 17; BR in ZBGR 5, 210 = SJZ 11, 351, eidg. Just. u. Pol. Dep., VEB 2, Entsch. v. 10.3.1928, a.A. Rossel-Mentha I 318/19 und 320. De lege ferenda besteht kein ausreichender Grund, die Unterschrift eines mit beglaubigter, eventuell öffentlich beurkundeter Vollmacht ausgestatteten Vertreters nicht anzuerkennen. - Gleichzeitigkeit der Unterschrift ist nicht verlangt, sodass die Parteien nicht gleichzeitig anwesend sein müssen und die Beurkundung zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Orten stattfinden kann. Huber, SJZ 11, 352.

5) v. Tuhr, ZSR 40, 40 ff., insb. 53-55.

6) a.A. Gmür, Art. 180 N. 5, 181 N. 10 (im Gegensatz zu seiner in 1. Aufl., Art. 181 N. 10 geäusserten Ansicht), Egger Art. 181 N. 3; Huber, Vorträge 113, nennt nur die Unterschrift der Braut- oder Eheleute als unumgängliches Erfordernis ("... dass jedenfalls diese beiden Kontrahenten den Akt unterschreiben müssen").

7) a.A. Droin 283, der in einem solchen Falle Amtsenthebung des Vormundes nach Art. 445 und Genehmigung des Vertrages durch den neuen Vormund verlangt. - Dagegen könnte die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde den Vertrag nicht an Stelle der Vormundschaftsbehörde genehmigen, wenn der die Genehmigung ablehnende Entscheid formell richtig zustande gekommen und nicht willkürlich ist. Bern. Reg. Rat in MBVR 12, 163, aarg. Reg. Rat SJZ 22, 314 (zu Art. 177 Abs. 2).

8) Ein beschränkt Handlungsfähiger vermag auch ohne Mitwirkung des gesetzlichen Ver-

c) Die vormundschaftsbehördliche Genehmigung.

Während der Ehe abgeschlossene Eheverträge bedürfen der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde, Art. 181 Abs. 2. Die Genehmigung ist Gültigkeitserfordernis¹⁾. Wie weit sich dabei die Prüfungsbefugnis der Vormundschaftsbehörde erstreckt, und unter welchen Bedingungen die Genehmigung erteilt bzw. verweigert werden kann, ist im Gesetz nicht gesagt und ist auch durch die bisherige Praxis nicht völlig abgeklärt²⁾. Sie geht dahin, dass die Ueberprüfung auf die Formgültigkeit und die materiellrechtliche Zulässigkeit des Inhalts Sache des Güterrechtsregisterführers, eventuell der Gerichte sei³⁾. Die Behörde hat ihn auch nicht auf seine Zweckmässigkeit zu untersuchen und kann die Zustimmung nicht etwa deswegen verweigern, weil sie den Vertrag als unzweckmässig und als den Verhältnissen der Ehegatten unangemessen beurteilt⁴⁾. Sie ist an den Grundsatz der Ehevertragsfreiheit als Richtlinie und Schranke ihrer Genehmigungsbefugnis gebunden. Die Freiheit der Ehegatten, im Rahmen des Gesetzes ihre vermögensrechtlichen Beziehungen nach ihrem Belieben zu ordnen, darf nicht durch die Genehmigungspflicht angetastet werden, sondern es sollen die Ehegatten dadurch nur gegen Beeinflussung des einen durch den andern und gegen offenbare Benachteiligung und Uebervorteilung geschützt werden⁵⁾. Die Behörde hat daher den Vertrag nur daraufhin zu prüfen, ob er dem freien Willen der Ehegatten entspricht, ob sie sich seiner Tragweite in allen Teilen bewusst

treters unentgeltliche Vorteile zu erlangen, Art. 19 Abs. 2. Art. 181 erwähnt Art. 19 nicht. Aus dem Schweigen des Gesetzes ist noch nicht auf die Unanwendbarkeit von Art. 19 zu schliessen; sein Anwendungsbereich ist im ehelichen Güterrecht gering, sodass bei der vom Gesetzgeber verfolgten Beschränkung auf das Wesentliche diese Frage offengelassen werden konnte. In Frage kommen lediglich Modifikationen der Güterverbindung und Gütergemeinschaft: Schenkungen zu Sondergut, Begünstigung durch vermehrte Beteiligung am Vorschlag und am Gesamtgut, Ausschluss der Beteiligung am Rückschlag. In diesen Fällen besteht kein Grund, Art. 19 Abs. 2 um des Formprinzips des Art. 181 willen nicht anzuwenden. a.A. Egger, 1. Aufl. Art. 181 S. 203 (in der 2. Aufl. wird die Frage nicht berührt), Gmür Art. 181 N. 10, Curti-Forfer Art. 180 N. 6.

1) Gmür Art. 181 N. 14, Hofmann 417, Ganzoni (bezügl. Art. 177 Abs. 2) 211.

2) Dieselbe Problematik besteht bei Art. 177 Abs. 2 ZGB, weshalb die hiezu ergangenen Entscheide zur Auslegung des Art. 181 Abs. 2 herangezogen werden können.

3) Reg. Rat Bern in SJZ 17, 137 (=MBVR 18 Nr. 79), 26, 348 (=MBVR 28 Nr. 27). Das schliesst natürlich nicht aus, dass die Vormundschaftsbehörde die Genehmigung eines offensichtlich formwidrigen oder materiell unzulässigen Vertrages ablehnt. Dagegen kann die Genehmigung nicht deswegen versagt werden, weil die Zulässigkeit des Vertrages zweifelhaft erscheint; Reg. Rat Bern, SJZ 26, 348, Erwägung 2, Hofmann 398. Die Genehmigung ist in dieser Hinsicht für die Gerichte nicht verbindlich.

4) Kreisschreiben des aarg. Reg. Rates an die Vormundschaftsbehörden und Bezirksämter betr. die Genehmigung von Eheverträgen, vom 4.2.1916, ZBGR 8, 175; Hofmann 396.

5) Hofmann 393 ff., 397, Egger, Art. 181 N. 4, Gmür, Art. 181 N. 16, Huber, Sten. Bull. 1905, 692, Bern. Just. Dir. MBVR 10, 209 (=ZBGR 8, 144), das in Anm. 4 zit. Kreisschreiben des aarg. Reg. Rates und (bezügl. Art. 177 Abs. 2) SJZ 36, 226 ff, BGE 77 I 3.

sind¹⁾, und ob er nicht wichtige Interessen des einen oder andern Teils, insbesondere der Ehefrau, verletzt²⁾. Von diesem Standpunkt aus sind die Interessen der Kinder³⁾ und weiterer Dritter, der Gläubiger⁴⁾, nicht zu berücksichtigen.

1) Mit Recht betont Hofmann 397 die Notwendigkeit einer gründlichen Aufklärung der Ehegatten über die Tragweite des Vertrages. Wieviel falsche Vorstellungen bestehen z.B. über die Wirkungen der Gütertrennung!

2) "Es handelt sich nämlich bei der Zustimmung der Behörde ... nur um die Kontrolle des Aktes einer vollhandlungsfähigen Person. Die Vormundschaftsbehörde hat hier nicht die Stellung des Vormundes im Sinne des Art. 367 ZGB" (in diesem Sinne auch BGE 53 II 366), "auch dann nicht, wenn noch die Interessen unmündiger Kinder zu schützen sind. In erster Linie dient die Genehmigung von Rechtsgeschäften unter Ehegatten dazu, insbesondere die Ehefrau gegenüber dem Ehemanne vor eigennützigen Beeinflussungen und nachteiligen Geschäftsabschlüssen zu schützen (SJZ 10, 48). Die Vormundschaftsbehörde hat lediglich darauf zu achten, dass die Ehefrau nicht unter Zwang oder leichtfertig oder im Irrtum und in Unkenntnis der entscheidenden Umstände handelt. Sie muss die Zustimmung zu einem Geschäft erteilen, wenn die Ehegatten den Vertrag offensichtlich aus freiem Willen eingehen und auch nach erfolgter Aufklärung an ihm festhalten. Keineswegs darf Art. 177 ZGB den Sinn haben, der Ehefrau praktisch die Handlungsfähigkeit zu nehmen", aarg. Reg. Rat, SJZ 36, 226, und das zit. Kreisschreiben, ZBGR 8, 175. Vgl. ferner Bern. Reg. Rat SJZ 26, 348 (=MBVR 28 Nr. 27), MBVR 24 Nr. 131, ZBGR 8, 201 und 202 (= MBVR 18, 281 u. 25, 343), SJZ 17, 137; Hofmann 397 ff.

3) Für die Berücksichtigung der Kindesinteressen, namentlich von Kindern aus einer früheren Ehe Egger, Art. 181 N. 6, Gmür Art. 181 N. 17, Huber, Vorträge 114, Schwab, Ueber die Obliegenheiten der Gemeinden und ihrer Organe nach schweiz. ZGB, MBVR 10, 337 ff., 353. So im allgemeinen auch die Praxis, allerdings meist ohne konkrete Schlussfolgerungen daraus zu ziehen: BGE 77 I 3, Bern MBVR 10, 209, 213 (= ZBGR 8, 144), MBVR 27, 18 (= ZBGR 11, 105), 28 Nr. 27 (=SJZ 26, 348), 33 Nr. 113 (=SJZ 32, 121); Aargau, Kreisschreiben, ZBGR 8, 154 und (bezüglich Art. 177 Abs. 2) SJZ 36, 226 ff., ZBGR 8, 237; Baselland ZBGR 8, 154. Vgl. hierzu die Bemerkung Hofmanns 399: "Diese Forderung wird allerdings nirgends näher begründet, nicht bestimmt formuliert, und insbesondere fehlt es an Hinweisen, in welcher Weise die Kindesinteressen zu wahren seien".

Ablehnend Reg. Rat. Solothurn, Zentralblatt f. Staats- u. Gemeindeverwaltung 1939, 152 (mit eingehender Begründung). Vgl. auch Anm. 4

4) Die Interessen weiterer Dritter wollen berücksichtigen Droin 188 im Anschluss an Curti, Art. 177 N. 8, Huber, Vorträge 114. Vgl. auch Bern. Just. Dir., SJZ 10, 48.

Die Beachtung der Interessen der Kinder und weiterer Dritter wird grundsätzlich abgelehnt von Ganzoni 212, (bezügl. Art. 177), Gampert 58, 101 und insb. 103, M. Eulau 89 ff., Burckhardt-Passavant, ZSR 28, 363, ferner mit Bezug auf Art. 177 Vollenweider, Die Rechtsstellung der Ehefrau, 8/9.

Das Bundesgericht hat sich bisher als Zivilgerichtshof nur beiläufig zu diesem Problem ausgesprochen, ohne eine deutliche Stellungnahme, BGE 46 II 350, 47 II 117, 53 II 366. Dagegen hat es sich als Staatsgerichtshof dahin geäußert, dass, wenn Art. 181 Abs. 2 vor allem zum Schutze der Ehefrau aufgestellt worden sei, sich aus der Fassung des Gesetzes doch nicht ergebe, dass die Genehmigung nur aus Gründen dieser Art versagt werden dürfe. Das Erfordernis der Genehmigung sei ganz allgemein aufgestellt. "Es kann daher nicht als willkürlich angesehen werden, wenn die Vormundschaftsbehörde ihre Aufgabe in einem weiteren, allgemein rechtspolizeilichen Sinne auffasst und sich zur Verweigerung der Genehmigung überall da als befugt betrachtet, wo durch den Vertrag ein rechtlich missbilligter und verbotener Erfolg herbeigeführt werden soll, oder doch der begründete und von den Kontrahenten nicht entkräftete Verdacht einer solchen Absicht besteht, mögen auch die dadurch benachteiligten Personen nicht die Ehefrau, sondern die Kinder eines Teils oder andere Dritte sein". BG i.S. Ott-Baumann c.

sichtigen, wie denn auch die im Vorentwurf Art. 215 Abs. 3 und Entwurf Art. 203 vorgesehene Zustimmung der Kinder aus einer früheren Ehe zu einem Gütergemeinschaftsvertrag fallen gelassen worden ist, und in den Materialien die Genehmigungspflicht nirgends im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz erwähnt wird. Sofern jedoch ein Ehevertrag nicht durch die konkreten güterrechtlichen Verhältnisse und berechnigte güterrechtliche Interessen der Ehegatten begründet erscheint, sondern offensichtlich und überwiegend¹⁾ nur dem Zwecke der Gläubigerbenachteiligung oder der Benachteiligung der Kinder durch Umgehung der erbrechtlichen Pflichtteilsrechte dient, so erscheint er als rechtsmissbräuchlich und verdient er keinen Rechtsschutz²⁾. Auch Verwaltungsbehörden haben in ihrem privatrechtlichen Zuständigkeitsbereich dem Verbot des Rechtsmissbrauchs Nachachtung zu verschaffen. Die Vormundschaftsbehörde hat daher in einem solchen Falle dem Vertrag die Genehmigung zu versagen. Auf die einmal erteilte Genehmigung kann die Vormundschaftsbehörde nicht mehr zurückkommen³⁾, es sei denn, die Verfügung leide an einem solchen Mangel, dass er die Ungültigkeit des Verwaltungsaktes zur Folge hat⁴⁾.

d) Beginn und Ende der externen Wirksamkeit des Ehevertrages.

Sofern der Vertrag nichts anderes bestimmt, kommt der Genehmigung intern rückwirkende Kraft zu⁵⁾. Extern richtet sich seine Wirksamkeit nach

Reg. Rat Kt. Aargau, Rechenschaftsbericht des Reg. Rates 1926, 108 = ZBGR 8, 237/238. Vgl. auch BGE 53 II 97.

1) Da die Gläubiger durch Art. 188 und - nach unserer Auffassung; anders die geltende Praxis - durch die Anfechtungsklage geschützt sind, genügt zur Ablehnung der Genehmigung nicht, dass der Vertrag überhaupt eine Gläubigerbenachteiligung zur Folge haben kann. Der Vertrag soll nur richtiges Mittel zu einem rechtlich nicht missbilligten Zweck sein. Nicht erforderlich ist dabei, dass die Benachteiligung ausschliesslicher Zweck des Vertrages sei. Er soll auch dann zurückgewiesen werden, wenn anzunehmen ist, dass die Ehegatten ihn ohne den anfechtbaren Teil nicht geschlossen hätten. Analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR.

2) In diesem Sinne Gmür, Art. 181 N. 18, Kappeler 37 Anm. 48, Droin 188, Curti Art. 177 N. 8, Bundesgericht i.S. Ott-Baumann (siehe oben), wobei allerdings zu betonen ist, dass der Verdacht ein begründeter sein muss. Den Ehegatten muss Gelegenheit geboten werden, einen solchen Verdacht zu entkräften. Es darf nicht auf eine blossе Vermutung abgestellt werden.

Die publizierten Entscheidungen, in denen die Genehmigung eines Ehevertrages abgelehnt wurde, gehen alle in dieser Richtung und lassen sich durchwegs unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchsverbots rechtfertigen. Vgl. ausser dem Entscheid i.S. Ott ZBGR 11, 105 (=MBVR 27, 18). Vgl. auch BGE 53 II 97. Im Zweifel ist der Vertrag zu genehmigen und der Entscheid den Gerichten vorzubehalten. Vgl. S. 112 Anm. 3.

3) BR in ZBGR 9, 68 (=SJZ 17, 345). Das Einschreiten der Aufsichtsbehörde hat sich auf disziplinarische Massregeln gegen die Vormundschaftsbehörde zu beschränken; ZBJV 56, 606, unter Vorbehalt der Verantwortlichkeit gegenüber den Ehegatten gemäss Art. 426; Hofmann 406, 420.

4) Reg. Rat Luzern, ZBGR 9, 42 (= SJZ 24, 334). Vgl. auch Egger, Art. 181 N. 7.

5) Egger, Art. 181 N. 7, Art. 179 N. 16, Curti, Art. 181 N. 9, Erny 71, BGE 46 II 350 (zu Art. 177 Abs. 2), Bern. Just. Dir. SJZ 14, 211 (= ZBGR 19, 172). Unbestimmt Gmür Art. 181

den allgemeinen Vorschriften der Art. 248 und 250, unter Vorbehalt der Ungültigkeit des Vertrages oder Registereintrags¹⁾. Ein von Verlobten geschlossener Vertrag wird erst nach der Trauung registriert und publiziert, Art. 22 GRVO. Er wirkt nicht auf den Tag der Trauung zurück²⁾.

§ 15. Güterstandswechsel durch Eintritt und Wegfall des ausserordentlichen Güterstandes.

a) Voraussetzungen des Eintritts des ausserordentlichen Güterstandes.
Gütertrennung als ausserordentlicher Güterstand tritt ein

1. von Gesetzes wegen mit der Ausstellung von Konkursverlustscheinen, Art. 182 Abs. 1, 186 Abs. 1;³⁾

2. auf Anordnung des Richters

a) von Amtes wegen oder auf Antrag eines Ehegatten nach richterlichem Ermessen: als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Scheidungs-, Ehetrennungs- oder Eheanfechtungsprozesses, Art. 145, 136⁴⁾⁵⁾, bei Trennung

N. 14, Art. 248 N. 37. Rossel-Mentha I 320: date de l'approbation = date de la convention elle-même si sa rétroactivité n'a pas ordonnée.

1) Im einzelnen S. 7 ff., 14, 15.

2) Zur Frage, wie weit die Eheverträge nach ihrem Inhalt von Art. 188 betroffen werden, vgl. 150 ff., 172 ff.

3) Auch für Ehegatten, deren interne güterrechtlichen Beziehungen ausländischem Recht unterstehen, BGE 47 II 6, 48 III 8/9. Trat dagegen die Gütertrennung bereits im Ausland als Folge eines dort durchgeführten Konkurses ein, so ist sie in der Schweiz nur durch Eintragung im Güterrechtsregister extern wirksam; S. 8 und Mutzner SJZ 18, 137, Beckhard, Das eheliche Güterrecht der Ausländer in der Schweiz, Diss. Zürich 1923, 123 ff., insb. 126.

Die Gütertrennung unterbleibt bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven. ZBGR 18, 242 u. 248, VEB 6 Nr. 57.

4) Egger, Art. 145 N. 14, Gmür, Art. 145 N. 6, Erny 54, Ob. Ger. Zürich, ZR 41 Nr. 99 S. 295, Aarg. Ob. Ger., SJZ 35, 265.

5) Art. 145 lautet imperativ. Der Richter hat von Amtes wegen einzuschreiten; ein Begehren eines Ehegatten ist nicht erforderlich, noch muss einem Antrag auf Gütertrennung entsprochen werden. - Das Gesetz spricht von den "nötigen" Massnahmen, wobei die Schranke einerseits in der Angemessenheit, anderseits im rein provisorischen Charakter der Massnahme liegt. Unter diesen beiden Gesichtspunkten kann die Gütertrennung dort am Platze sein und zwar ohne Rücksicht auf die speziellen Voraussetzungen der Art. 183-184, sondern als selbständige vorsorgliche Massnahme (Etter, Die vorsorglichen Massregeln im Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozess. Diss. Zürich 1933, 100, Schlatter 66, Erny 54/55, Gmür, Art. 145 N. 6, Egger, Art. 145 N. 14 a.E.), wo der Güterstand dem einen Ehegatten weitgehende Befugnisse über das Vermögen des andern einräumt. Es erhält damit jeder Ehegatte die Verwaltung und Nutzung seines Vermögens, die von ihrem Ehemann getrennt lebende Ehefrau ist zu Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften nicht mehr an die Zustimmung des Mannes gebunden, und es wird verhindert, dass einem Ehegatten neu zufallendes Vermögen aus güterrechtlichen Gründen in die Verfügungsgewalt des andern Ehegatten fällt. Sodann zessiert die

auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, Art. 155 Abs. 1, sowie bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts als Massnahme zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, Art. 170¹⁾;

b) auf Begehren eines Ehegatten: bei Trennung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, Art. 155 Abs. 2 und in den Fällen der Art. 183 und 184: Ueber-

Vertretungsbefugnis des Ehemannes im Prozess um eingebrachtes Gut der Ehefrau, Art. 168 Abs. 2; vgl. S. 56. Wird in der Regel die Auseinandersetzung erst durch das Urteil erfolgen, so steht doch bis dahin der Ehefrau ein Anspruch auf Sicherstellung zu und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihr auch der bisherige Güterstand einen solchen verliehen hätte, Art. 189 Abs. 3. Schliesslich wird durch die von Amtes wegen erfolgende Registrierung und Publikation für ausreichende Kundgabe gesorgt. An Stelle einer Reihe von sichernden Einzelmassnahmen kann sich daher die Gütertrennung als durchgreifende Massnahme aufdrängen.

1) Es ist dies umstritten. Ablehnend Leuenberger, Schutz der ehelichen Gemeinschaft, Diss. Bern 1944, 107. Nach der Meinung, die in der Literatur als herrschende bezeichnet werden kann, ist die Gütertrennung nur unter den besondern Voraussetzungen der Art. 183-184 zulässig, Egger, Art. 169 N. 7 und (nicht ganz klar) Gmür, Art. 169 N. 29, Art. 170 N. 17, wobei Egger weiterhin verlangt, dass der Eheschutzrichter zugleich der zur Gütertrennung nach Art. 183-184 sachlich zuständige Richter sei. Wird die Gütertrennung als Anordnung im Sinne des Art. 169 Abs. 2 und 170 anerkannt, dann ergibt sich die sachliche Kompetenz des Eheschutzrichters aus Art. 170.

Die dem Richter in Art. 169 Abs. 2 eingeräumte Kompetenz ist enger als im Falle des Art. 145, indem er auf die "vom Gesetz vorgesehenen Massregeln" beschränkt wird. Literatur und Praxis haben jedoch anerkannt, dass darunter nicht nur die in Art. 169-171 genannten zu verstehen sind, Egger, Art. 169 N. 7, sondern auch solche, die im Gesetz überhaupt vorgesehen sind, Gmür Art. 169 N. 29, ZBJV 49, 89. Der Richter muss ferner alle Verfügungen treffen können, die sich zur Durchführung einer Massnahme im Sinne der Art. 170/171 als notwendig erweisen, und hiezu gehört bei der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes die Regelung der vermögensrechtlichen Verhältnisse einschliesslich der Verwaltungs- und Dispositionsbefugnisse. Wo die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts wegen der Gefährdung des wirtschaftlichen Fortkommens der Ehefrau infolge pflichtwidrigen Verhaltens des Ehemannes erfolgt, werden in der Regel auch die Voraussetzungen des Art. 183 Ziff. 1 gegeben sein. Aber auch in den Fällen des Getrenntlebens aus gesundheitlichen oder moralischen Gründen werden Vorkehren in der genannten Richtung unerlässlich sein. Ohne Gütertrennung könnte die Ehefrau ausserhalb der Schlüsselgewalt nicht über ihr eingebrachtes Gut oder Gesamtgut verfügen, sich nicht als Vollschuldnerin verpflichten, wenn der getrennt lebende Ehemann die Zustimmung böswillig verweigert; es fehlt eine Art. 184 Ziff. 2 analoge Bestimmung, und es kann - ausgenommen bei Abwesenheit - die Zustimmung auch nicht durch die Vormundschaftsbehörde oder den Richter ersetzt werden (anders das deutsche Recht, §§ 1447, 1450-51, 1379, 1401, 1402 BGB). Nur bei Güterverbindung besitzt die Ehefrau einen Anspruch auf Sicherstellung. Ungelöst bliebe ferner die Frage der Prozessführung, Art. 168 Abs. 2. Güterverbindung und Gütergemeinschaft setzen ein Minimum von Uebereinstimmung zwischen den Ehegatten voraus, sind aber praktisch undurchführbar, sobald dieses Einvernehmen zerstört ist und der gemeinsame Haushalt aufgehoben wird. Vergleicht man z.B. die von Leuenberger, a.a.O. 148 ff., für diesen Fall gemachten Vorschläge, so laufen sie sämtliche auf eine Suspendierung des Güterstandes hinaus und drängt sich die Gütertrennung als klarere und zweckmässige Lösung auf. Wir zögern daher nicht, sie als zulässige Massnahme zur Durchführung des Getrenntlebens im Sinne von Art. 170 anzuerkennen. Sie ist von Amtes wegen anzuordnen, wenn sie durch die Verhältnisse geboten und angemessen erscheint; a.A. Gmür, Art. 169 N. 29, der auf jeden Fall einen Antrag auf Gütertrennung verlangt. Ein absoluter Anspruch, analog Art. 155 Abs. 2, ist dagegen nicht begründet.

schuldung eines Ehegatten oder des Gesamtgutes¹⁾, Verletzung der Familienpflichten durch den Ehemann, Verweigerung der nach dem Güterstand erforderlichen ehedraulichen Zustimmung zu Verfügungen des Ehemannes über das eheliche Vermögen, im Falle eines Sicherstellungsbegehrens der Ehefrau;

c) auf Begehren eines Gläubigers bei Ausstellung von Verlustscheinen in der Pfändungsbetreibung, Art. 185²⁾;

3. auf Begehren eines Verlobten durch Eintragung im Güterrechtsregister bei Vorhandensein von Verlustscheinen aus Konkurs oder Aupfändung³⁾ zur Zeit der Eheschliessung, Art. 182 Abs. 2, Art. 19 GRVO.

Aus diesen Voraussetzungen des ausserordentlichen Güterstandes ergibt sich, dass bei seiner Anordnung durchwegs die Interessen der Ehegatten, der Familie im Vordergrund stehen, und den Gläubigern zur Hauptsache eine Einwirkung auf die güterrechtlichen Verhältnisse ihrer Schuldner versagt wird. Der ausserordentliche Güterstand ist nicht ein Institut des Gläubigerschutzes, sondern dient sozusagen ausschliesslich dem Schutz der Ehegatten, vorab der Ehefrau. Das zeigt sich namentlich bei Art. 183 Ziff. 3 und

1) Ueberschuldung des Sondergutes genügt nicht; Huber, Erl. 145, Egger, Art. 184 N. 2, Gmür, Art. 184 N. 4, Droin 320, Erny 23 ff., 33. Zum Begriff der Ueberschuldung vgl. Erny a.a.O. Nicht notwendig ist, dass die Ueberschuldung während der Ehe eingetreten ist. Sie kann schon bei der Eheschliessung bestehen, ohne dass Verlustscheine existieren, die Gütertrennung nach Art. 182 Abs. 2 gestatten würden. Erny a.a.O., scheinbar anders Droin 321.

2) Nach Egger, Art. 185 N. 1, Curti, Art. 185 N. 5, Droin 320 genügt eine ungedeckte Pfändungsurkunde als provisorischer Verlustschein.

Unabgeklärt ist, ob auch ein Verlustschein, den ein Gläubiger vor der Verheiratung gegen einen der Ehegatten erhalten hat, zum Gütertrennungsbegehren berechtigt. Nach dem Wortlaut des Art. 185 muss der Gläubiger in der Betreibung gegen einen Ehegatten zu Verlust gekommen sein, woraus in wörtlicher Interpretation geschlossen werden kann, dass der Verlust während der Ehe eingetreten sein muss. Das Gleiche ergibt sich aus Art. 182, wo der Eintritt der Gütertrennung ex lege bei Bestehen von Konkursverlustscheinen aus der vorehelichen Zeit abgelehnt und lediglich den Verlobten ein Recht auf Eintragung von Gütertrennung eingeräumt wird, ohne dass von einem analogen Recht der Verlustschein gläubiger die Rede ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb dem Pfändungsgläubiger gestützt auf Art. 185 ein solches Recht zustehen sollte, nicht aber dem Konkursgläubiger. Die Ablehnung entspricht der Tendenz des Gesetzes, den Gläubigern nur einen sehr geringen Einfluss auf die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu gewähren. Vgl. Text. Die Frage ist auch nicht von grosser praktischer Bedeutung. Ist durch die Verheiratung Vermögen an den Ehegatten des Schuldners gefallen, so kann der Schuldner neuerlich betrieben und bei einem Verlust die Fälligkeit der Ersatzforderungen an den Ehegatten, insbesondere der privilegierten Frauengutersatzforderungen, herbeigeführt (Art. 175 Abs. 1) und hernach die Gütertrennung auf Grund von Art. 185 angebeht werden. Im Hinblick auf diese Möglichkeiten soll der Eintritt der gesetzlichen oder besondern vertraglichen vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe nicht auf Grund der einzigen Tatsache eines Verlustscheines aus vorehelicher Zeit verhindert werden können.

3) Nicht nur bei Vorhandensein von Konkursverlustscheinen, wie aus der Stellung dieser Bestimmung im Gesetz geschlossen werden könnte; Gmür N. 13, Egger N. 5, Curti N. 8 zu Art. 182.

184 Ziff. 1. Das Gesetz gestattet hier den Ehegatten den Güterstandswechsel gerade bei Ueberschuldung eines von ihnen, wodurch den Gläubigern desselben die Vorteile und Sicherheiten, die ihnen der spezielle Güterstand bieten mochte, und die sie vielleicht gerade zu weitgehender Kreditgewährung bewogen haben, gerade in dem Moment zu entgehen drohen, in welchem sie sich realisieren sollten. Ein Einspracherecht ist ihnen von Bundesrechts wegen nicht eingeräumt, und die nach kantonalem Prozessrecht eventuell mögliche Nebenintervention erweist sich als wenig wirksam, da der Richter beim Entscheid über die Anordnung der Gütertrennung an enge Voraussetzungen gebunden ist¹⁾. Deshalb dürfte er die Bewilligung der Gütertrennung auch nicht etwa von der Sicherstellung der Gläubiger abhängig machen können. Auch wenn Art. 189 Abs. 1 die Rechte der Gläubiger vorbehält, so bezieht sich dieser Vorbehalt lediglich auf die Art und Weise der Auseinandersetzung, nicht aber auf den Güterstandswechsel als solchen. Schliesslich versagt hier auch die Anfechtungsklage nach Art. 285 SchKG, schon dadurch, dass das Gütertrennungsbegehren in der Regel nicht vom Schuldner, sondern von dessen Ehegatten ausgehen wird²⁾. Indem sodann das Gesetz den Ehegatten bei Ueberschuldung ein unbedingtes Recht auf Gütertrennung gewährt, legalisiert es eine allenfalls darin liegende Gläubigerbenachteiligung. Was so durch das materielle Recht erlaubt wird, kann nicht durch das Betreibungsrecht rückgängig gemacht werden. Der einzige Schutz liegt in Art. 188.

Auch die Gütertrennung nach Art. 182 Abs. 1 und Art. 185 ist für die Gläubiger von nicht sehr grosser Bedeutung, weil die Gütertrennung erst mit bzw. nach der Ausstellung von Verlustscheinen, d.h. nach systemgemäss durchgeführter Liquidation des Güterstandes eintritt. Sie dient den Gläubigern insofern, als verhindert wird, dass aus der Zwangsvollstreckung gerettetes und neues Vermögen aus güterrechtlichen Gründen an den Ehegatten ihres Schuldners fällt (Art. 201 Abs. 3, 195 Abs. 3, 215). Weiterhin werden dadurch die güterrechtlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ehegatten ausgeschaltet, was aber nicht hindert, dass z.B. die Ehefrau ihren in Konkurs geratenen Ehemann rechtsgeschäftlich doch wieder mit der Verwaltung ihres Vermögens (z.B. des in der Liquidation auf sie übergegangenen Geschäftes) betraut, Art. 242 Abs. 2. Die Gütertrennung begünstigt ferner nur die Frauengläubiger, während sie für die Mannesgläubiger ohne Interesse ist. Und schliesslich steht das Recht, bei Auspfändung eines Ehegatten die Gütertrennung zu verlangen (Art. 185), nur den Gläubigern des ausgepfändeten Ehegatten und dem aufrechtstehenden Ehegatten persönlich (Art. 182 Abs. 2, 183 Ziff. 3, 184 Ziff. 1), nicht aber den Gläubigern des letztern zu. Diese Letzteren haben keinerlei Möglichkeit, die Gütertrennung herbeizuführen, um das Vermögen ihres Schuldners den güterrechtlichen

1) "Die Aufgabe des Richters beschränkt sich auf die Feststellung der vom Gesetze für die Gütertrennung geforderten Voraussetzungen. Nur in diesem Rahmen ist seinem freien Ermessen vereinzelt Raum gegeben", Erny 64.

2) Eine mögliche Ausnahme besteht in Art. 184 Ziff. 3.

Befugnissen des konkursiten oder ausgepfändeten Ehegatten zu entziehen. Ihre Interessen werden nur mittelbar geschützt, soweit der ausserordentliche Güterstand zur Sicherung der Vermögensrechte ihres Schuldners eintritt und wirkt, und soweit dieser Ehegatte selber von den durch den ausserordentlichen Güterstand gebotenen Sicherheiten Gebrauch macht¹⁾.

b) Zeitpunkt des Eintritts des ausserordentlichen Güterstandes.

Die Gütertrennung beginnt intern mit der Ausstellung der Konkursverlusterscheine und mit der Rechtskraft der richterlichen Verfügung, extern mit der Eintragung im Güterrechtsregister und Publikation²⁾. Die Eintragung erfolgt bei Art. 182 Abs. 2 auf Begehren eines Verlobten, in allen anderen Fällen von Amtes wegen durch den Richter³⁾, bzw. das Konkursamt, Art. 186 Abs. 3, Art. 17, 18 GRVO⁴⁾.

Eine Besonderheit besteht in Art. 182 Abs. 1, indem die Gütertrennung hinsichtlich neuen Vermögens, das den Ehegatten während des Konkurses aus irgendwelchem Grunde zufällt, auf den Tag der Konkurseröffnung zurückbezogen wird⁵⁾. Der Güterstand wird hinsichtlich seiner Wirkungen auf die Eigentums- und Nutzungsverhältnisse⁶⁾ mit der Konkurseröffnung für die Dauer des Konkurses suspendiert⁷⁾. Darüberhinaus sind keine Wirkungen auf das eheliche Güterrecht anzunehmen; Art. 186 Abs. 1 ist eine Spezialbestimmung, die nicht extensiv auszulegen ist. Der konkursite Ehemann

1) Vgl. hiezu auch Götzinger, Wann kann eine infolge Konkurses oder Auspfändung eingetretene Gütertrennung durch Ehevertrag aufgehoben werden?, ZSR 40, 335 ff.

2) S. 7 ff., für die gesetzliche Gütertrennung speziell S. 10 ff.

3) Auch bei Gütertrennung auf Grund von Art. 145 und 170, obwohl Art. 17 GRVO diese Fälle nicht erwähnt. Da es sich um Massnahmen nur vorübergehender Natur handelt, wird dem Richter die Befugnis gewährt werden müssen, die Gütertrennung je nach den Verhältnissen auch nur intern anzuordnen. Vgl. S. 115 Anm. 5, 116 Anm. 1.

4) Der Eintrag hat auch dann zu erfolgen, wenn bereits vertragliche Gütertrennung eingetragen ist; VEB 7, 69.

5) Der Eintrag hat daher den Tag der Konkurseröffnung anzugeben, Art. 18 Abs. 3 GRVO.

6) Egger, Art. 186 N. 2, Gmür, Art. 186 N. 5, Schultheiss 66, Droin 325; BGE 68 III 46, 69 III 122: "Was aber das im Eigentum der Ehefrau gebliebene Vermögen betrifft, so kann es nicht der Wille des Gesetzes sein, dessen Ertrag während des über den Ehemann eröffneten Konkurses in dessen Konkursmasse fallen und für seine Gläubiger verwerten zu lassen Uebrigens bedeutet die Nutzung von Frauengut für den Ehemann nicht gewöhnliche Ertragsgewinnung, sondern Bezug des Ertrags fremden Vermögens, und damit eine Art von Vermögenserwerb, worauf sich bei weiter Auslegung auch der Wortlaut von Art. 186 Abs. 1 ZGB beziehen lässt".

7) Es handelt sich um eine vorläufige Suspendierung, die erst mit der Ausstellung von Verlusterscheinen definitiv wird, jedoch dahinfällt, wenn der Konkurs ohne solche endigt (Einstellung mangels Aktiven, Nachlassvertrag, Befriedigung der Gläubiger durch Dritte). Wo es fraglich ist, ob eine Unterbilanz besteht, ist daher auch der Wert solchen Vermögens mitzuberocksichtigen. Handelt es sich allerdings nicht um Erträge des Frauengutes, so stehen einem güterrechtlichen Vermögensanfall regelmässig gleich hohe Ersatzforderungen gegenüber, Art. 201 Abs. 3, 210 Abs. 1, 224 Abs. 1, sodass die Ueberschuldung durch Admassierung dieser Werte nicht behoben würde.

bleibt daher Verwalter des Frauengutes, und es ist jeder Ehegatte an die nach dem Güterstand erforderliche Zustimmung des andern zu Verfügungen, Verpflichtungen und zur Prozessführung gebunden¹⁾. Unzuträglichkeiten kann dadurch begegnet werden, dass der nicht konkursite Ehegatte die richterliche Gütertrennung gemäss Art. 183 oder 184 verlangt, deren Wirkungen auf den Zeitpunkt des Begehrens, also möglicherweise auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung zurückbezogen werden, Art. 186 Abs. 2.

Die richterliche Gütertrennung nach Art. 183 und 184²⁾ wird gemäss Art. 186 Abs. 2 auf den Zeitpunkt der Anbringung des Begehrens zurückbezogen. Ist diese Rückwirkung auf das interne Verhältnis beschränkt, oder gilt sie auch extern, sodass Art. 186 Abs. 2 Art. 248 derogiert? Der Verkehrsschutz verlangt die uneingeschränkte Geltung des in Art. 248 ausgesprochenen Prinzips, wonach Aenderungen im Güterstand erst mit der Eintragung und Publikation Dritten entgegengehalten werden können. Diese Ordnung verbietet eine Rückwirkung der Gütertrennung im Verhältnis zu Dritten³⁾. Wie gesehen, hat der ausserordentliche Güterstand in erster Linie die Beziehungen der Ehegatten unter sich im Auge, und dieser primär internen Bedeutung ist die Rückwirkung im internen Verhältnis angemessen. Extern verweist aber Art. 186 Abs. 3 auf Art. 248. Gegen extern wirksame schädigende Handlungen während der Hängigkeit des Verfahrens vermag sich der die Gütertrennung beantragende Ehegatte oder Gläubiger (Art. 185) mit vorsorglichen richterlichen Massnahmen zu schützen.

c) Die Beendigung des ausserordentlichen Güterstandes.

Wie der Eintritt, so führt auch die Aufhebung des ausserordentlichen

1) Nach Schultheiss 97 Anm. 375 zessieren mit der Aussonderung des Frauengutes im Konkurs des Mannes auch dessen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse. Ferner nimmt er an, dass mit Bezug auf das nach Art. 186 Abs. 1 der Ehefrau verbleibende Vermögen die Unterscheidung zwischen Eingebrahtem und Sondergut dahin falle, da für beides Gütertrennung bestehe. S. 109. Der Konkurs wirkt sich jedoch nur auf das Eigentum aus, während in allen andern Beziehungen der Güterstand einstweilen bestehen bleibt. So bezüglich der Haftung Steiner 28, bezüglich der Betreibung der Ehefrau für Vollschulden BGE 68 III 122. Sie ist trotz des Konkurses gegen den Ehemann als Vertreter der Frau zu richten.

2) Bei Art. 145, 170 und 155 findet eine Rückbeziehung nicht statt. So zu Art. 155 ZR 43 Nr. 161, VEB 7 Nr. 49 (=ZBGR 24, 99). Stichtag ist der Tag des Eintritts der Rechtskraft des Urteils nach kantonalem Prozessrecht, auch bei Weiterzug des Urteils ans Bundesgericht, da für dieses die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz verbindlich sind, ZR 43 Nr. 161.

3) Im gleichen Sinne Denzler 48 Anm. 13, O. Müller 102, Droin 329, 330, Egger, Art. 186 N. 3 und Art. 248 N. 13 a.E.-a.A. Gmür, Art. 186 N. 6, 7, Rossel-Mentha I 327, Erny 73, Kappeler 14. - Bei Rückbeziehung auch im externen Verhältnis wären die Rechte gutgläubiger Erwerber dinglicher Rechte nach Art. 933, 973 zu schützen. Dagegen wäre Art. 188 auf Forderungsrechte nicht anwendbar, wie Kappeler a.a.O. annimmt. Es käme höchstens eine analoge Anwendung in Frage, womit sich der Ehegatte des Schuldners nicht besser stellt, als wenn die Gütertrennung nicht zurückbezogen wird. Externe Nichtrückwirkung und interne Rückwirkung schaffen nach aussen übersichtliche Verhältnisse und nach innen eine klare Verantwortlichkeit des beklagten Ehegatten.

Güterstandes zu einem Güterstandswechsel und zwar auch dann, wenn er durch vertragliche Gütertrennung abgelöst wird; an die Stelle des ausserordentlichen gesetzlichen Güterstandes tritt der Güterstand des Ehevertrages, Art. 179. Soweit sich dabei Vermögensverschiebungen ergeben können, etwa durch Bestellung einer Ehesteuer, ist Art. 188 auch in einem solchen Falle anwendbar.

Neben der Beendigung durch Auflösung der Ehe und - im Verhältnis zu Dritten - durch Wohnsitzwechsel (Art. 250¹⁾) fallen speziell in Betracht die Aufhebung durch Ehevertrag, der Wegfall der Gütertrennung als vorsorgliche Massnahme und bei Aufhebung der Ehetrennung sowie die richterliche Wiederherstellung des früheren Güterstandes.

1. Aufhebung durch Ehevertrag. Nach der heute in Literatur und Praxis herrschenden Auffassung ist die Aufhebung des ausserordentlichen Güterstandes nur durch den Richter möglich²⁾. Die Aufhebung durch Ehevertrag ist ausgeschlossen, "weil, solange gesetzliche Gütertrennung besteht, den Ehegatten überhaupt die Fähigkeit mangelt, einen Ehevertrag abzuschliessen"³⁾. Es tritt für die Ehegatten Ehevertragsunfähigkeit und eine eigentliche Sperre des Güterrechtsregisters ein⁴⁾. Die Frage ist aber, ob Art. 187 Abs. 2, der die richterliche Wiederherstellung des früheren Güterstandes vorsieht, das allgemeine Prinzip enthält oder sich nur auf die in Abs. 1 erwähnten Fälle bezieht, sodass für die übrigen Gütertrennungsfälle eine gesetzliche Regelung fehlen würde und diese Lücke im Sinne der Ehevertragsfreiheit ergänzt werden kann.

Weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte des Art. 187 kann eine eindeutige Antwort entnommen werden. Art. 187 Abs. 1 statuiert den Grundsatz, dass die Gütertrennung infolge Konkurses oder Auspfändung nicht automatisch ("ohne weiteres") durch Befriedigung der Gläubiger aufgehoben wird. Abs. 2 scheint mit seiner Wendung "dagegen" ganz eindeutig auf Abs. 1 Bezug zu nehmen, woraus geschlossen werden könnte, dass sich die Vorschrift der richterlichen Wiederherstellung nur auf die in Abs. 1 geregelten Fälle bezieht. Andererseits steht Art. 187 unter dem allgemeinen Marginale "Aufhebung der Gütertrennung", nachdem vorgängig die Voraussetzungen des Eintritts des ausserordentlichen Güterstandes behandelt worden sind. Entsprechend der allgemeinen Formulierung des Marginales könnte abgelei-

1) Vgl. hiezu S. 9, 10 ff. Gütertrennung auf Begehren eines Verlobten, Art. 182 Abs. 2, erlischt durch Wohnsitzwechsel auch intern, da sie allein auf dem Registereintrag beruht. ZBGR 19, 272, eidg. Just. u. Pol. Dep., Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1301.

2) Gmür, Art. 187 N. 7 ff., Egger, 2. Aufl., Art. 187 N. 7, Erny 105, Kappeler 72, Wolfensberger 77; bern. Reg. Rat, MBVR 17, Nr. 84 = SJZ 16, 176, Just. u. Pol. Dep., SJZ 19, 25, 21, 24. a.A. Egger, 1. Aufl., Art. 187 Anm. 2, Giesker-Zeller 103, Curti Art. 187 N. 4, Rossel-Mentha 323, 328, Weiss 63, Mächler 42, Götzinger u. Basler Justizkommission in ZSR 40, 335 ff.

3) Eidg. Just. u. Pol. Dep., SJZ 19, 25.

4) Eidg. Just. u. Pol. Dep., SJZ 19, 25, 21, 24.

tet werden, dass Abs. 2 den allgemeinen Grundsatz der richterlichen Wiederherstellung enthält.

Dieser Schluss vom allgemeinen Charakter des Marginales auf die generelle Bedeutung des Abs. 2 ist jedoch keineswegs zwingend. Wenn das Gesetz im Anschluss an die Voraussetzungen der Gütertrennung von der Aufhebung spricht (Marginale zu Art. 187), hindert dies nicht, dass tatsächlich doch nur ein Spezialfall geregelt wird, weil sich in andern Fällen die Lösung aus allgemeinen Prinzipien ergeben kann, ohne dass diese deswegen besonders vorbehalten werden müssen. Dies trifft nach den Materialien gerade auf Art. 187 in seiner ursprünglichen Fassung zu; denn aus den Erläuterungen erhellt ganz deutlich, dass trotz der allgemeinen Formulierung des Marginales keine erschöpfende Regelung der Ausserkraftsetzung des ausserordentlichen Güterstandes gegeben, sondern lediglich einige speziellen Punkte hervorgehoben werden sollten¹⁾. Ferner ist entstehungsgeschichtlich von Bedeutung, dass Art. 208 des Vorentwurfes gerade die Möglichkeit der Aufhebung der Gütertrennung durch Ehevertrag vorsah. Abgelehnt wurde lediglich die automatische Wiederherstellung des früheren Güterstandes durch Befriedigung der Gläubiger; es sollte vielmehr den Ehegatten überlassen bleiben, durch Vertrag die Gütertrennung durch den früheren oder einen andern Güterstand zu ersetzen²⁾. Da sich dann die Expertenkommission gegen die Ehevertragsfreiheit während der Ehe aussprach, musste auch Art. 208 geändert werden³⁾, was in der Weise geschah, dass die Ehegatten beim Richter die Aufhebung der Gütertrennung beantragen können sollten, wobei dessen Entscheidungsfreiheit dahin eingeschränkt wurde, dass er lediglich den früheren Güterstand wieder in Kraft setzen konnte. Als im Verlauf der parlamentarischen Behandlung auf Antrag der nationalrätlichen Kommission der Ehevertrag entsprechend dem Vorentwurf auch während der Ehe zugelassen wurde, unterblieb eine Anpassung des Art. 187 und Wiederherstellung des ursprünglichen Textes; ob bewusst im Sinne einer Bestätigung der alleinigen Zuständigkeit des Richters oder versehentlich, kann den Materialien nicht entnommen werden⁴⁾. Es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass trotz grundsätzlicher Anerkennung der Vertragsfreiheit während

1) Erl. 170: "IV. Aufhebung der Gütertrennung, Art. 208. Weder die gesetzliche noch die richterliche Gütertrennung wird an sich durch die Beseitigung ihrer Voraussetzungen aufgehoben. Das gilt insbesondere für die Fälle des Konkurses und der fruchtlosen Pfändung. Dagegen empfiehlt es sich, hervorzuheben, dass nach Befriedigung der Gläubiger ein Vertrag mit Wirkung Dritten gegenüber den Ehegatten sehr wohl wieder möglich ist, sobald man eine Vertragsschliessung während der Ehe überhaupt zulässt".

2) Vorentwurf Art. 208: Durch Befriedigung der Gläubiger wird die wegen Konkurses eingetretene oder wegen fruchtloser Pfändung angeordnete Gütertrennung nicht wieder aufgehoben. Vor der Befriedigung ist der Abschluss eines Ehevertrages mit Eintragung in das Ehegutsregister und Wirkung gegenüber Dritten ausgeschlossen.

3) Prot. Exp. Komm. S. 192 zu Art. 208 Vorentwurf.

4) Sten. Bull. 668 ff., 1098.

der Ehe die Aufhebung der Gütertrennung durch Vertrag ausgeschlossen bleiben sollte, sodass eher ein Versehen angenommen werden kann.

Es besteht auch kein stichhaltiger Grund, überall dort, wo die Gütertrennung auf einseitiges Begehren eines Ehegatten oder Verlobten eingetreten ist, die Aufhebung durch Ehevertrag nicht zuzulassen, nachdem das Gesetz den Grundsatz der Ehevertragsfreiheit während der Ehe akzeptiert hat¹⁾. Wie erwähnt verfolgt das Gesetz mit dem Institut des ausserordentlichen Güterstandes in erster Linie die Interessen der Ehegatten, nicht diejenigen Dritter. Er verschafft ihnen keine Rechte, auf welche sie um ihrer Persönlichkeit willen nicht verzichten könnten. Es ist deshalb schlechterdings nicht einzusehen, weshalb sie gehindert werden sollten, im gegenseitigen Einverständnis²⁾ ihre güterrechtlichen Verhältnisse innert den gesetzlichen Schranken neu zu ordnen. Es setzt ja in jedem Fall die Einwilligung desjenigen Gatten voraus, um dessentwillen seinerzeit die Gütertrennung angeordnet wurde, der sie verlangte. Gegen eine Uebereilung oder ein Handeln unter ungebührlicher Beeinflussung schützen die Formvorschriften, die Notwendigkeit der Genehmigung der Vormundschaftsbehörde³⁾ und die negative Rechtskraft des Güterrechtsregisters, die eine Anfechtung des Vertrages wegen Willensmängeln erleichtert. Die Lage ist weder für die direkt Beteiligten noch ihre Gläubiger in irgendeiner Beziehung eine andere, als wenn sonst während der Ehe durch Vertrag ein anderer Güterstand begründet wird. Zudem beschränkt sich die richterliche Kompetenz auf die Wiederherstellung des früheren Güterstandes, der sich vielleicht gerade als unzweckmässig erwiesen hat⁴⁾. Mit der Zulassung des Ehevertrages wird den Ehegatten ermöglicht, die Wiederherstellung dieses Güterstandes zu vermeiden und ihre güterrechtlichen Beziehungen ohne Umweg über den früheren Güterstand von Grund auf zweckentsprechend neu zu ordnen. Damit wird ein doppelter Güterstandswechsel vom ausserordentlichen zum früheren und anschliessend zu einem neuen Güterstand vermieden, das Verfahren vereinfacht, Registereintragungen und Publikationen übersichtlicher gehalten⁵⁾.

1) So auch Droin 336.

2) "D'un commun accord", Rossel-Mentha 323.

3) Die verallgemeinernde Kritik Ernys S. 105 und Wolfensbergers S. 79 an der Eignung der Vormundschaftsbehörde als Kontrollorgan ist nicht berechtigt. Die mit den Verhältnissen vertraute wohnörtliche Vormundschaftsbehörde dürfte vielfach weit eher in der Lage sein, einen Ehevertrag auf seine Zulässigkeit zu prüfen, als ein Gericht in einem grösseren Gerichtsbezirk, zumal dort, wo die Wiederherstellung im summarischen Verfahren erfolgt. Vgl. hiezu die Uebersicht bei Enry.

4) Z.B. allgemeine Gütergemeinschaft.

5) Besonders wenn man diese Möglichkeit eines sofortigen nachherigen Güterstandswechsels durch Ehevertrag im Auge behält, erscheint es sachlich nicht gerechtfertigt, die Ehegatten zuvor noch an den Richter zu weisen. Eine extensive Auslegung des Art. 187 ist auch deswegen nicht am Platz, weil es die Ehegatten in der Hand haben, durch Wohnsitzwechsel in einen andern Registerbezirk die Gütertrennung mindestens extern zu beseitigen, Art. 248, 250, worauf sie nicht gehindert sind, einen Ehevertrag beim Register des neuen Wohnsitzes eintragen zu lassen. Ein Verbot des Ehevertrages könnte auf diese Weise umgangen werden.

In Uebereinstimmung mit dem Grundsatz der Freiheit des Ehevertrages ist daher die Aufhebung des ausserordentlichen Güterstandes durch Ehevertrag als zulässig zu betrachten, wo die Gütertrennung auf einseitiges Begehren eines Ehegatten oder Verlobten (Art. 182 Abs. 2¹⁾, Art. 183-84, 155 Abs. 2) oder im ausschliesslichen Interesse eines oder beider Ehegatten als vorsorgliche Massnahme oder Nebenfolge der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts erfolgt (Art. 145, 170, 155 Abs. 1)²⁾. Daneben kann in all diesen Fällen die Gütertrennung auf einseitiges Begehren eines Ehegatten durch den Richter aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen des ausserordentlichen Güterstandes weggefallen sind. Nur bei Gütertrennung infolge Konkurses oder fruchtloser Betreibung auf Pfändung kommt kraft positiven Rechtes allein die Aufhebung durch den Richter in Betracht, Art. 187 Abs. 1 und 2³⁾⁴⁾.

2. Die richterliche Wiederherstellung des früheren Güterstandes. Nach dem Wortlaut des Art. 187 Abs. 2 "kann" der Richter auf Verlangen eines Ehegatten die Wiederherstellung anordnen. Ein absoluter Anspruch scheint somit nicht zu bestehen; doch ist es fraglich, wie weit dabei die Kompetenz des Richters reicht, da es sich kaum um ein unbeschränktes, freies richterliches Ermessen handeln kann. Schon die Bezeichnung als ausserordentlicher Güterstand besagt, dass es sich um eine Ausnahmeordnung vorübergehender Natur handelt. Sein Eintritt bedeutet einen Eingriff in die vermögensrechtlichen Befugnisse der Ehegatten, insbesondere des Ehemannes, der nur unter bestimmten, eng umschriebenen Voraussetzungen möglich ist. Er ist auch geeignet, den persönlichen Kredit in erheblichem Masse in Mitleidenschaft zu ziehen. Ein Ehegatte braucht sich die Beschränkung seiner Rechte, die ihm der ordentliche gesetzliche oder ein vertraglicher Güterstand gewährte, nicht länger gefallen zu lassen,

1) Obwohl Art. 187 Abs. 1 auch auf Art. 182 Abs. 2 zutreffen würde, ist die Beseitigung durch Vertrag zuzulassen, da die Gütertrennung ausschliesslich auf Begehren eines Verlobten eingetragen wird, ohne dass die Verlustscheingläubiger ein Mitspracherecht besitzen; Rossel-Mentha I 328, Curti, Art. 187 N. 3. Dagegen ist die Auffassung Rossel-Menthass 323, dass eine einseitige Erklärung des früheren Antragstellers an den Registerführer zur Aufhebung genüge, abzulehnen, da sie der Vorschrift des Art. 181 Abs. 2, wonach für eine Güterstandsänderung während der Ehe prinzipiell die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich ist, widerspricht. Wie hier Gmür, Art. 187 N. 8a.

2) Die Argumentation, dass die Gütertrennung als richterliche Massnahme nur wieder durch den Richter aufgehoben werden könne, ist u. E. nicht zutreffend. Es wäre dies nur dann richtig, wenn das Urteil der Parteidisposition entzogene Rechtsverhältnisse schaffen würde, was gerade die Frage ist. In der Rechtskraft des Zivilurteils als solchem liegt diese Wirkung nicht. Vgl. z.B. auch die Aufhebung der richterlichen Ehetrennung oder des Getrenntlebens durch formlose Wiedervereinigung der Ehegatten.

3) So auch Droin 336. Weitergehend betrachtet Götzinger, a.a.O., auch hier einen Ehevertrag als zulässig. Ist seinen Ausführungen auch weitgehend zuzustimmen, so steht ihnen doch die positive Vorschrift des Art. 187 entgegen.

4) Der richterlichen Aufhebung bedarf es insbesondere auch dann, wenn an Stelle der Gütertrennung nach Art. 182 Abs. 2, 183-184 Gütertrennung gemäss Art. 182 Abs. 1 oder 185 getreten ist.

als die Voraussetzungen der Gütertrennung bestehen. Es ist daher in erster Linie zu prüfen, ob die Umstände, die dazu führten, weggefallen sind. Wenn daneben dem Richter noch ein Bereich freien Ermessens eingeräumt ist ("kann"), so kann dies nur dahin ausgelegt werden, dass die Wiederherstellung nur dann bewilligt werden soll, wenn nicht schwerwiegende Interessen des andern Ehegatten und der ehelichen Gemeinschaft entgegenstehen. Die Aufgabe des Richters ist hier, abgesehen von der Feststellung des Wegfalls des seinerzeitigen Gütertrennungsgrundes, keine andere als diejenige der Vormundschaftsbehörde bei Genehmigung von Eheverträgen¹⁾. So wenig wie dort der Vormundschaftsbehörde ein unbeschränktes freies Ermessen zukommt, das die Ehevertragsfreiheit aufzuheben vermöchte, so wenig vermag hier die Ermessensfreiheit des Richters den grundsätzlichen Anspruch eines Ehegatten auf Aufhebung des gegen ihn angeordneten ausserordentlichen Güterregimes und Wiederherstellung der Ehevertragsfreiheit in den Fällen der Art. 182 Abs. 1 und 185 zu beeinträchtigen.

Bei der Prüfung eines Wiederherstellungsbegehrens sind die Umstände, die zur Gütertrennung geführt haben, die seitherige Entwicklung und die Auswirkungen des in Frage kommenden Güterstandes auf das eheliche Vermögen zu beachten, wobei eine gewisse Gewähr geboten sein muss, dass sich die Gütertrennung nicht binnen kurzem wiederholt. Ergibt sich, dass wichtige Gründe gegen die Wiederherstellung sprechen, weil der frühere Güterstand einem Ehegatten zu weitgehende Rechte am Vermögen des andern einräumt, während ein anderer Güterstand solchen Bedenken Rechnung tragen würde, so kann der Richter zwar nicht direkt auf diesen andern Güterstand erkennen, wohl aber die Aufhebung der Gütertrennung vom Abschluss eines Ehevertrages abhängig machen, der die gesehenen Gefahren ausschliesst.

3. Die Aufhebung der Gütertrennung als vorsorgliche Massnahme und als Nebenfolge der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts. Die Gütertrennung hat hier ihren Rechtsgrund im Eheprozess, in der Ehetrennung oder dem Getrenntleben. Mit dem Abschluss des Prozesses fallen die vorsorglichen Massnahmen zwischen den Ehegatten dahin, ebenso die Wirkungen der Trennung oder des Getrenntlebens mit Ablauf der Trennungsdauer oder Wiedervereinigung der Ehegatten, ohne dass es eines Aufhebungsurteils bedarf. Damit entfällt auch der Rechtsgrund der Gütertrennung²⁾, und es ist ein Eintrag im Güterrechtsregister von diesem Moment an ungerechtfertigt. Der Registereintrag vermag den fehlenden Rechtsgrund nicht zu ersetzen, weil ihm die positive formelle Rechtskraftwirkung fehlt³⁾. Der Eintrag ist von Amtes wegen oder auf Begehren eines

1) Curti, Art. 187 N. 9. Vgl. S. 112.

2) So bei Gütertrennung nach Art. 145 Gmür, Art. 187 N. 8a. a.A. bezüglich Art. 155 Gmür, Art. 155 N. 11a, 147 N. 7, Egger, Art. 147/8 N. 4 unter Hinweis auf Art. 187, beide Autoren im Gegensatz zu ihrer Auffassung der unmittelbaren Beendigung sämtlicher Trennungswirkungen.

3) S. 15 ff.

Ehegatten zu löschen, Art. 30 Abs. 2 und 4 GRVO¹⁾.

§ 16. Intertemporalrechtliche Verhältnisse.

Zwei grundsätzliche Lösungen standen dem Gesetzgeber zur Einführung des neuen Rechts zur Verfügung: Beibehaltung des bisherigen gesetzlichen oder vertraglichen Güterrechts für die vor dem 1. Januar 1912 geschlossenen und Anwendung des neuen Rechts auf die später begründeten Ehen²⁾, oder sofortige Wirksamkeit des neuen Rechts für alle am 1. Januar 1912 bestehenden Ehen³⁾, eventuell gemildert durch die Möglichkeit einer Option für das neue Recht im ersten, für das bisherige Recht im zweiten Fall⁴⁾. Die schliesslich auf Vorschlag des Ständerates getroffene Regelung verbindet in eigenartiger Weise beide Möglichkeiten miteinander: In Uebereinstimmung mit dem interkantonalen und internationalen Kollisionsrecht (Art. 19-21 NAG) unterscheidet Art. 9 SchlT zwischen internem und externem Güterrecht und erklärt für das erstere grundsätzlich das alte, für das letztere das neue Recht als anwendbar, mit der Möglichkeit, sich auch intern dem neuen Recht zu unterstellen (Art. 9 Abs. 3 SchlT), oder das alte gesetzliche oder ehevertragliche Güterrecht auch extern beizubehalten (Art. 9 Abs. 2, Art. 10 SchlT), d.h. Unwandelbarkeit des internen, Wandelbarkeit des externen Güterrechts⁵⁾. Darnach standen alle Ehen mit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches extern unter neuem Recht, sofern die Ehegatten sich nicht durch eine vor dem 1. Januar 1912 abgegebene Erklärung für die Beibehaltung ihres bisherigen externen gesetzlichen Güterrechts⁶⁾ ausgesprochen (Art. 9 Abs. 2

1) Verlangt ein Ehegatte die Löschung, so muss als Ausweis das die Gütertrennung anordnende Erkenntnis und, sofern sich die Beendigung wegen Ablaufs der Trennungszeit nicht aus dem Urteil ergibt oder die Tatsache der Wiedervereinigung dem Registerbeamten nicht sonst bekannt ist, die Einwilligung des andern Ehegatten zur Löschung genügen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so ist die Löschung mangels Ausweises abzulehnen und der antragstellende Ehegatte anzuweisen, ein die Beendigung feststellendes Urteil beizubringen.

2) Weiterwirkungsprinzip. Giesker-Zeller, Grundprinzipien des Uebergangsrechts, ZSR 34, 1 ff., S. 24. So Art. 200 Abs. 1 und 2 EG zum BGB.

3) Mit Wirkung ex nunc (Trennungsprinzip) oder ex tunc (Rückwirkungsprinzip). Giesker-Zeller, a.a.O., 12, 44.

4) So der Entwurf des BR, Art. 1781, in Uebereinstimmung mit den Vorschlägen Hubers, vom Nationalrat diskussionslos gutgeheissen.

5) Vgl. im einzelnen ausser den Materialien zu Art. 9 - 11 SchlT Martin 38, Mutzner, ZSR 34, 176.

6) Das nach Art. 19 Abs. 2 NAG gegenüber Dritten massgeblich gewesene Recht des Wohnsitzes der Ehegatten. Martin 125, Burckhardt-Passavant, ZSR 28, 332, 339, Mutzner Art. 9 N. 110, Ob. Ger. Solothurn ZBJV 48, 195. Im Gegensatz dazu wollten Reichel, Einführungsbestimmungen, S. 30, Ostertag, SJZ 1912, 382, Brand, ZBJV 48, 14 und Schnyder, ZBJV 63, S. 74 die Möglichkeit der Beibehaltung des bisherigen Rechts nur jenen Ehegatten zubilligen, die sowohl extern wie intern unter dem Recht ihres Wohnsitzes zur Zeit des Rechtswechsels standen. Vgl. die Kritik Mutznrs, a.a.O.

SchlT) oder einen gegenüber Dritten wirksam gewesen¹⁾ Ehevertrag beim Güterrechtsregister zur Eintragung angemeldet hatten^{2) 3)}. Von dieser Möglichkeit der Beibehaltung des bisherigen Rechts im Verhältnis zu Dritten ist in den einzelnen Kantonen sehr unterschiedlich, im allgemeinen aber nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht worden⁴⁾. Damit trat für die Mehrzahl der am 1. Januar 1912 bestehenden Ehen ein Güterrechtswechsel ein, dessen Auswirkungen auf die bestehenden Verhältnisse immerhin durch den Umstand, dass schon vorher die Güterverbindung das weitest verbreitete Güterrechtssystem war, sodass der Uebergang nur geringfügige Modifikationen bewirkte, und durch den Grundsatz der Nichtrückwirkung hinsichtlich der bestehenden Eigentumsverhältnisse⁵⁾ gemildert wurden. Für die sich dabei ergebenden Aenderungen im Haftungssubstrat war Art. 188 ZGB als intertemporalrechtliche Kollisionsnorm anwendbar, Art. 11 SchlT⁶⁾.

Ein externer Güterstandswechsel auf Grund des intertemporalen Rechts kommt heute nicht mehr in Betracht⁷⁾. Unter einem altrechtlichen gesetzlichen Güterstand lebende Ehegatten⁸⁾ können nicht durch einfache Rücknahme der Beibehalterklärung, sondern nur durch neurechtlichen Ehe-

1) Einem bisher nur intern wirksam gewesen Ehevertrag konnte nicht durch Eintragung gemäss Art. 10 SchlT Wirkung gegenüber Dritten verliehen werden. Mutzner, Art. 10 N. 9, 11, Martin 110 im Gegensatz zu Gmür, Art. 179 N. 64 und zum Bundesrat . S. Wattenwyl-Perrot, Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1294 IV. Vgl. zu diesem Entscheid Mutzner, ZSR, 34, 263 Anm. 208.

2) Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 galten auch für Ehegatten mit Wohnsitz im Ausland, sofern nach dem Kollisionsrecht ihres Wohnsitzstaates für sie extern Heimatrecht massgeblich war. Kreisschreiben des BR v. 22. Sept. 1911, BBl. 1911, IV 213 ff., Escher 201, Giesker-Zeller (mit Abweichungen) S. 138. Im Ausland niedergelassene Schweizer, für welche schweizerisches Recht gilt, machen eine Gesetzesänderung nach Massgabe des schweizerischen intertemporalen Rechts mit. Escher 202, Martin 55, Wieland. Das internationale Ehegüterrecht, 50. Im Gegensatz dazu nimmt Mutzner, ZSR 34, 297 an, dass für Ehegatten im Ausland der bisherige Güterstand gemäss Art. 9 Abs. 1 fortbesteht, ohne dass eine Differenzierung zwischen externem und internem Recht eintritt.

3) Eine Erklärung nach Art. 9 Abs. 2 oder die Anmeldung eines altrechtlichen Ehevertrages schliessen eine Erklärung nach Art. 9 Abs. 3 aus; Burckhardt-Passavant, ZSR 28, 336 u. Anm. 6, Mutzner, Art. 9 N. 141. - Gaben Ehegatten, die unter einem vertraglichen Güterstand lebten, eine Beibehalterklärung nach Art. 9 Abs. 2 ab, so galt für sie in Zukunft der altrechtliche gesetzliche Güterstand, sofern der Ehevertrag nicht von Amtes wegen ins Güterrechtsregister aufgenommen wurde, Mutzner ZSR 34, 242, Art. 10 N. 3.

4) Ende 1921 waren total 60'459 Beibehalterklärungen eingetragen, davon allein im Kanton Bern 52'194 (1912: 54'101, E. Wyss 25), in Genf 4236. Gmür, Komm. Anhang VII.

5) Vgl. hiezu S. 144.

6) Vgl. hiezu speziell Burckhardt-Passavant, ZSR 28, 359, Martin 159 ff.

7) Wohl aber ein interner Wechsel auf Grund von Art. 9 Abs. 3, da das Gesetz hiefür keine Frist gesetzt hat.

8) Ende 1945 bestanden noch 45'620 Eintragungen alten Rechts, davon 40'984 in Bern und 4'236 in Genf. Statist. Jahrbuch der Schweiz, 1947, S. 548.

vertrag extern zuneuem Recht übergehen¹⁾, einen altrechtlichen Vertragsgüterstand nur durch Ehevertrag nach Art. 179 ff. durch einen andern vertraglichen oder den gesetzlichen Güterstand des neuen Rechts ersetzen. Anderseits kann einem altrechtlichen Ehevertrag, dem vor und nach 1912 lediglich interne Wirkung zukam oder dessen Eintragung 1912 unterblieben war, nur noch unter der Voraussetzung zur Wirksamkeit gegenüber Dritten im Güterrechtsregister verholffen werden, dass er inhaltlich einem neurechtlichen Güterstand entspricht²⁾. Dagegen ist es ausgeschlossen, auf diesem Wege rein altrechtliche Bestimmungen zur Geltung zu bringen, da das Uebergangsrecht nur solche altrechtlichen Verhältnisse auch unter dem neuen Recht anerkennt, die bis zum 1. Januar 1912 nach Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 SchlT zur Eintragung im Register angemeldet worden sind³⁾. Damit fallen alle diese Güterstandsänderungen unter Art. 179 Abs. 3 ZGB.

§ 17. Güterstandswechsel durch Wohnsitzwechsel.

a) Wohnsitzverlegung in einen andern Registerbezirk.

Die Wirksamkeit eines Registereintrags ist abhängig vom Wohnsitz im Registerbezirk. Bei Wohnsitzverlegung hat daher binnen drei Monaten eine Uebertragung des Eintrags in das Register am neuen Wohnort zu erfolgen, ansonst der Eintrag seine Gültigkeit verliert und die Ehegatten nunmehr als unter Güterverbindung stehend angesehen werden, Art. 250 und 178. Die Unterlassung der Uebertragung führt somit zu einem Güterstandswechsel von einem vertraglichen oder dem ausserordentlichen gesetzlichen zum ordentlichen gesetzlichen Güterstand, ein Wechsel, der unter die Kautelen des Art. 188 fällt⁴⁾, da Art. 188 nicht nach dem Grund des Güterstandswechsels unterscheidet, somit denjenigen infolge Unterlassens der Eintragung auch nicht ausschliesst⁵⁾.

1) Bern. Reg. Rat, ZBJV 50, 98.

2) Eidg. Just. u. Pol. Dep., Burckhardt, Bundesrecht Nr. 1294 VI = SJZ 16, 372, Mutzner, ZSR 34, 208 Anm. 263, Art. 10 N. 11 und weitere dort zit. Literatur, Ohne diese Einschränkung Gmür Art. 179 N. 63 unter Berufung auf einen Entscheid des BR, Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1294 IV = ZBGR 1920, S. 106 (vgl. S. 127 Anm. 1), und ZBJV 49, 298.

3) Unter Vorbehalt der von der Praxis gemachten Ausnahme für den altrechtlichen ausserordentlichen Güterstand, S. 11 Anm. 1.

4) Egger, Art. 188 N. 3, Bosshardt 27.

5) Das Güterrechtsregister wird durch das Handelsregisteramt geführt, wobei in der Mehrzahl der Kanton einen einzigen Registerbezirk bildet. Nur in Bern, Freiburg, Solothurn, Tessin, Waadt, Neuenburg besteht ein Register in jedem Amtsbezirk oder Distrikt, in Appenzell-Innerrhoden ein spezielles Register für den Bezirk Oberegg, sodass in diesen Kantonen bereits ein Wohnsitzwechsel innerhalb des Kantons eine Uebertragung der Registereinträge erforderlich macht.

Umstritten ist die Uebertragbarkeit einer Beibehaltungserklärung nach Art. 9 Abs. 2 SchlT. Nach der in der Praxis vorherrschenden Auffassung sind gemäss Art. 59 Abs. 1 SchlT die Bestimmungen des ersten Titels des NAG auch unter dem neuen Recht anwendbar, "soweit kantonal verschiedenes Recht zur Anwendung kommt". Wurde das alte Güterrecht beibehalten, so richten sich die Folgen eines Wohnsitzwechsels nach Art. 19-21 NAG, die die Möglichkeit einer Uebertragung nicht kennen. Die Ehegatten gehen daher durch die Verlegung ihres Wohnsitzes in einen andern Kanton (nicht schon bei Verlegung in einen andern Registerbezirk des gleichen Kantons) des alten Rechts definitiv verlustig¹⁾. Nach anderer Auffassung ist dagegen auch in diesem Falle Art. 250 ZGB anwendbar²⁾.

Es kann nicht verkannt werden, dass die Verneinung der Uebertragungsfähigkeit den Schutz, den der Gesetzgeber den altrechtlichen Güterrechten durch die Uebergangsordnung angedeihen lassen wollte, stark beeinträchtigt. Es dürfte kaum in seiner Absicht gelegen haben, den Uebergang zum neuen Recht nur bis zu einem Wohnsitzwechsel hinauszuschieben; wenigstens verlautet Art. 9 SchlT nichts darüber. Die Subsumierung des nach Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 beibehaltenen kantonalen Güterrechts unter den Begriff des "kantonal verschiedenen Rechts" im Sinne von Art. 59 Abs. 1 SchlT erscheint auch nicht als zutreffend. Der altrechtliche Güterstand konnte nur auf Grund einer individuellen Optionserklärung beibehalten werden. Art. 9 Abs. 2 verlangte dazu eine gemeinsame Erklärung der beiden Ehegatten. Die Weitergeltung beruht somit auf einer Willensübereinkunft, d.h. auf Vertrag³⁾. Dementsprechend kann der altrechtliche Güterstand auch jederzeit durch Ehevertrag nach Massgabe des neuen Rechts geändert werden, während er einer Revision im Wege des kantonalen Gesetzgebungsverfahrens entzogen ist⁴⁾. Von einer generellen Herrschaft des bisherigen Güterrechts als kantonalem Recht im Sinne von Art. 59 SchlT kann daher nicht mehr gesprochen werden⁵⁾. Es handelt sich nicht mehr um generelle, sondern individuelle Normen, die lediglich inhaltlich mit dem früheren kantonalen Recht überein-

1) Soloth. Ob. Gericht, ZBGR 9, 185, Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1295 III, 1296 III, Mutzner, ZSR 34, 259, Art. 9 N. 123, Martin 132, E. Huber in einem Gutachten v. 21. März 1912 an das Just. u. Pol. Dep., Wyss 39, Schnyder, ZBJV 63, 76, Giesker-Zeller 119, 120 (anders dagegen bei altrechtlichen Eheverträgen, auf welche er Art. 250 Abs. 2 u. 3 anwenden will, S. 135).

2) Gmür S. 374 N. 32, Art. 250 N. 12, 15 im Anschluss an die bernische Praxis, ZBJV 49, 525 (= SJZ 10, 205), 50, 98, Egger, Art. 250 N. 5 a.E., Burckhardt-Passavant 340, 350.

3) E. Wyss, Die Rechtsstellung altbernischer Ehegatten, S. 26, ferner S. 32, wo er von der "Funktion eines Ehevertrages" spricht. Ebenso Wieland zu Art. 20 NAG in: Das internationale Ehegüterrecht, 59.

4) Mutzner, Art. 9 N. 34 ff., Reichel, Art. 9 Anm. 4 S. 27, Anm. 4a. BG in BGE 41 II 191 ff. Vgl. indessen auch Mutzner, Art. 9 N. 37, unter Hinweis auf das deutsche Recht und Planck zu Art. 218 EG z. BGB.

5) Zum Begriff des "kantonalen Rechts" Beck, Komm. zu Art. 59 SchlT N. 4. Vgl. auch Reichel, Art. 59 Anm. 4 S. 152.

stimmen, auf dieses verweisen. Diese "Eheverträge" sind daher bei Wohnsitzwechsel nicht Art. 19 NAG unterworfen, sondern mangels anderer Vorschrift den Eheverträgen nach Art. 179 ff. ZGB gleichzustellen; ebenso die eingetragenen altrechtlichen Eheverträge nach Art. 10 SchlT¹⁾.

b) Wohnsitzverlegung vom Ausland in die Schweiz.

Die gleiche Unterscheidung zwischen internem und externem Güterrecht mit Unwandelbarkeit des ersteren und Wandelbarkeit des letzteren liegt auch dem internationalprivatrechtlichen Güterrecht zugrunde. Verlegen Schweizer im Ausland oder ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz in die Schweiz, so behalten sie für die Beziehungen unter sich das zuletzt im Ausland für sie massgebend gewesene Güterrecht bei, Art. 31 Abs. 3 und Art. 32 NAG²⁾. Extern stehen sie unter schweizerischem Recht, Art. 31 Abs. 3, 32 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2³⁾, das auch über die Fortdauer eines im Ausland extern wirksam gewesenen Ehevertrages entscheidet⁴⁾. Es tritt somit in der Regel ein Güterrechtswechsel ein, der je nach dem Grade der Verschiedenheit des bisherigen ausländischen und des schweizerischen Güterrechts einen Wechsel des Güterstandes zur Folge hat.

Für den interkantonalen Wohnsitzwechsel enthielt Art. 21 NAG die Vorschrift, dass die an einem ehelichen Wohnsitz durch besonderes Rechtsgeschäft erworbenen Rechte Dritter durch einen Wohnsitzwechsel nicht berührt werden. Die Literatur steht jedoch durchwegs auf dem Standpunkt, dass auf den durch internationalen Wohnsitzwechsel herbeigeführten Güterstandswechsel Art. 188 ZGB zur Anwendung gelange, sei es direkt oder analog⁵⁾. Doch kann dies kaum damit begründet werden, dass, wenn der Gesetzgeber von 1912 Gelegenheit gehabt hätte, die Frage der Wirkungen des internationalrechtlichen Güterstandswechsels ausdrücklich zu entscheiden, er dies zweifellos im gleichen Sinne wie für das intertemporale Recht, Art. 11 SchlT, getan hätte, nachdem sich Art. 21 NAG als viel zu eng erwiesen habe, sodass Art. 11 SchlT analog anzuwenden sei⁶⁾. Eine Revision des NAG hat damals

1) Giesker-Zeller 135, im Gegensatz zu Mutzner, Art. 10 N. 12.

2) Es ist dies möglicherweise schweizerisches Recht, Art. 31 Abs. 1 und 2 NAG, Bestand in einem solchen Falle ein im Register des Heimortes eingetragener Ehevertrag, so ist dessen Uebertragung ins Register des nunmehrigen schweizerischen Wohnsitzes erforderlich. Vgl. S. 9 Anm. 1.

3) Wieland, a.a.O. 55, Escher 184 ff., SJZ 9, 141.

4) Siehe Giesker-Zeller, Internationalprivatrechtliches zum Ehegüterrecht, ZBJV 55, 409 ff.

5) Gmür, Art. 188 N. 29 und Vorbem. z. 6. Titel N. 48b (ohne Begründung), Stauffer, Art. 21 NAG N. 3, Egger, Art. 188 N. 3 (unter Berufung auf Stauffer), Beckhard, Das eheliche Güterrecht der Ausländer in der Schweiz, Zürich 1923, 90, W. Huber, Beiträge zum schweiz. Personen-, Familien- u. Erbrecht, Zürich 1937, 71, Simond, Droit international privé. Les étrangers domiciliés en Suisse, Lausanne 1926, 116.

6) Stauffer a.a.O.

tatsächlich stattgefunden (Art. 59 SchlT), und es wäre Gelegenheit gewesen, Art. 21 NAG mit Art. 11 SchlT in Uebereinstimmung zu bringen. Dies ist nicht geschehen und darf daher auch nicht nachträglich als Absicht und Wille des Gesetzgebers angenommen werden. Ebenso wenig vermag die Begründung Bosshardts¹⁾ zu befriedigen, dass, nachdem Art. 21, der nur durch Verweisung im internationalen Privatrecht gegolten habe, als interkantonalrechtliche Norm aufgehoben worden sei, die Verweisung des Art. 32 NAG richtigerweise auf Art. 11 SchlT bezogen werden müsse. Der erste Titel des NAG ist für das internationale Privatrecht ausdrücklich beibehalten worden, Art. 59 Abs. 1 SchlT, sodass, da das internationale Privatrecht als Spezialrecht die Folgen des Güterstandswechsels ausdrücklich und selbständig regelt, kein Raum für eine direkte oder analoge Anwendung von Art. 11 SchlT oder Art. 188 ZGB ist. Nachdem aber Art. 188 die durch Gesetz oder Rechtsgeschäft erworbenen Haftungsrechte anerkennt und schützt und ihnen dadurch den Charakter wohl erworbener Rechte verleiht, steht u.E. nichts entgegen, in Art. 21 den Begriff der durch besonderes Rechtsgeschäft erworbenen Rechte im gleichen Sinne zu interpretieren²⁾ und auch auf die nicht durch Rechtsgeschäft, sondern aus anderem Rechtsgrund entstandenen Ansprüche Art. 188 als allgemeinen Rechtsgrundsatz d'ordre public direkt anzuwenden.

§ 18. Die güterrechtliche Auseinandersetzung.

a) Güterrechtliche und erbrechtliche Auseinandersetzung. Abgrenzung.

Güterstandsänderungen (Güterstandswechsel und Güterstandsmodifikation) zielen auf die Begründung neuer güterrechtlicher Beziehungen ab. Das gilt in einem weiten Sinn selbst für den Uebergang zur allgemeinen Gütertrennung, obwohl Gütertrennung begrifflich gerade die Negation besonderer güterrechtlicher Wirkungen der Ehe auf das Vermögen der Ehegatten bedeutet. Auch hier ist der Ehevertrag oder der ausserordentliche Güterstand dazu bestimmt, die zukünftigen vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu ordnen, wenn auch in einem vom Standpunkt des Ehegüterrechts aus negativen Sinn. Diese Wirkung für die Zukunft unterscheidet die Güterstandsänderung von der güterrechtlichen Auseinandersetzung, die ausschliesslich auf die Liquidation bestehender güterrechtlicher Beziehungen gerichtet ist, sei es, weil die güterrechtlichen Beziehungen gänzlich gelöst werden (wegen Scheidung, Ungültigerklärung der Ehe, Tod eines Ehegatten), oder weil der bisherige Güterstand durch einen andern abgelöst wird.

1) Bosshardt 28.

2) Im wesentlichen übereinstimmend Beckhard und Simond a.a.O. Vgl. die abweichende Lösung des BGE in BGE 44 III 9, siehe S. 67.

Die güterrechtliche Auseinandersetzung ist Voraussetzung der erbrechtlichen; der reine Nachlass des verstorbenen Ehegatten wird erst durch die Liquidation des Güterstandes bestimmt. Dabei ist eine klare Abgrenzung erforderlich, weil sich Art. 188 auf die güterrechtliche Auseinandersetzung beschränkt: Aus güterrechtlicher Vermögensübernahme haftet der überlebende Ehegatte beschränkt, als Erbe unbeschränkt und nur unter besonders erbrechtlichen Voraussetzungen beschränkt (öffentliches Inventar, Art. 589-91, amtliche Liquidation, Art. 593 Abs. 3). Die Ausschlagung der Erbschaft oder Wahl der Nutzniessung (Art. 462) berührt seine güterrechtlichen Ansprüche und den güterrechtlichen Haftungsübergang nicht. Haftet er dagegen als Erbe, so tritt die gegenständlich beschränkte güterrechtliche Haftung vor der unbeschränkten erbrechtlichen Haftung zurück, da die allgemeine Vermögenshaftung eine gleichzeitige gegenständlich beschränkte Haftung ausschliesst. Die Erben des verstorbenen Ehegatten haften für dessen Verpflichtungen unbeschränkt, für die Verpflichtungen des überlebenden Ehegatten nach Massgabe des Art. 188 beschränkt, soweit in der Auseinandersetzung Vermögen des Ueberlebenden in den Nachlass übergegangen ist.

Auf Grund des oben genannten Zweckes der güterrechtlichen Auseinandersetzung erscheint die begriffliche Abgrenzung ohne Schwierigkeiten durchführbar, umso mehr, als das Gesetz bestrebt ist, Ehegüterrecht und Erbrecht klar zu trennen. Gleichwohl ergeben sich Berührungspunkte zwischen güterrechtlicher und erbrechtlicher Auseinandersetzung, zwischen Ehevertrag und Erbvertrag, weil das eheliche Güterrecht die Ansprüche der Ehegatten bei Aufhebung der Güterverbindung und Gütergemeinschaft nicht abschliessend und zwingend bestimmt; es räumt den Ehegatten eine gewisse Dispositionsfreiheit ein (Art. 214 Abs. 3, 226, 240 Abs. 3), wodurch erbrechtliche Momente auf die güterrechtliche Auseinandersetzung Einfluss gewinnen können. Statt eine Quote des Nachlasses oder einzelne Nachlassgegenstände durch Verfügung von Todes wegen zuzuwenden, kann ein grösserer Anteil am Vorschlag oder Gesamtgut eingeräumt oder ein grösserer Anteil am Rückschlag übernommen, auf einen Anteil am Vorschlag verzichtet werden. Die Teilung kann von Bedingungen abhängig gemacht und die Beteiligung am Vorschlag oder Gesamtgut an die Voraussetzung des Ueberlebens des einen oder andern Ehegatten geknüpft werden²⁾. Dabei handelt es sich um reine Liquidationsvorschriften, die bestimmt sind, ihre Wirkungen erst bei der Aufhebung des Güterstandes, normalerweise also im Falle des Todes eines Ehegatten, zu entfalten, sofern sie nicht ausdrücklich nur auf einen andern Auflösungsgrund gestellt sind³⁾. Somit enthält die Mehrzahl der Teilungsvereinbarungen

1) S. 90 und dort Anm. 3.

2) BGE 58 II 3.

3) Teilungsvereinbarungen in einem befristeten oder resolutiv bedingten Ehevertrag oder für den Fall des Eintritts des ausserordentlichen Güterstandes, Art. 189 Abs. 2. Dagegen ist eine Teilungsvereinbarung nur für den Scheidungsfall rechtlich unverbindlich, Art. 154 Abs. 3, 158 Ziff. 5. Auch eine Bindung der Ehegatten unter Vorbehalt der gerichtlichen Genehmigung

virtuell eine Anordnung auf den Todesfall¹⁾. Tatsächlich werden auch in den meisten Fällen erbrechtliche Motive, die Absicht der Begünstigung des überlebenden Ehegatten, zu einer abweichenden Ordnung veranlassen und diese bestimmen. Die güterrechtliche Auseinandersetzung wird auf diese Weise erbrechtlichen Zwecken dienstbar gemacht^{2) 3)}.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass, wo auf die Bedingung des Ueberlebens bzw. Vorversterbens eines Ehegatten abgestellt wird⁴⁾, oder ausschliesslich die Rechte des überlebenden Ehegatten am ehelichen Vermögen geregelt werden⁵⁾, oder wo eine Teilungsabrede nicht güterrechtlich begründet sei, sondern nachweisbar ausschliesslich erbrechtliche Gründe massgebend waren⁶⁾, nicht ein Ehevertrag, sondern eine Ver-

(so J. Huber 4) ist nicht anzunehmen. Die Ehegatten können nicht im voraus auf die Anwendung des Art. 154 Abs. 3 verzichten. Abzulehnen ist dagegen die Auffassung, dass eine spezielle Regelung für den Scheidungsfall, während es die Ehegatten sonst bei der gesetzlichen Ordnung bewenden lassen wollen, an sich und generell unsittlich sei.

1) BGE 58 II 3.

2) Es erfreut sich deshalb auch die Gütergemeinschaft als interner, nur für die Ehegatten und ihre Erben verbindlicher Güterstand einer wachsenden Verbreitung. Vgl. z.B. die Mitteilung von P. Egger in ZBJV 70, 136, und BGE 53 II 97. Vgl. ferner die Praxis des Erbschaftsamtes Basel-Stadt, Eheverträge, die Bestimmungen über die Teilung im Todesfall enthalten, gemäss Art. 557 zu eröffnen.

3) Wirtschaftlich besteht ein enger Zusammenhang zwischen güterrechtlicher Begünstigung und Erbrecht; es sind "Komplemente eines Ganzen", Heitz 24. Vgl. auch Bühlmann, ZBJV 45, 71 ff., Brand ZBJV 48, 10. Dieser Zusammenhang zeigt sich deutlich in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Ehegattenerbrechts und des Ehevertrages. Hauptsächlicher Gegenstand der mittelalterlichen Eheverträge, Ehetage, Eheverkomnisse war die Regelung der Stellung der Ehefrau während der Ehe und für den Fall des Todes des Mannes; sie waren im wesentlichen Aussteuer- und Erbverträge im heutigen Sinn. Die Uebung solcher Verträge verdichtete sich zum Gewohnheitsrecht, das in den Statutarrechten seinen Niederschlag fand, teils als Ehegüterrecht, teils als "Eherecht", Statutarportion; Huber, System und Geschichte, IV 471 ff. Ebenso erfolgte die allmähliche Begünstigung teils von der güterrechtlichen, teils von der erbrechtlichen Seite her. So waren auch die Eheverträge des kantonalen Rechts teils ehегüterrechtlichen und - überwiegend - erbrechtlichen Inhalts; v. Wyss, Die ehelichen Güterrechte der Schweiz, 1896, 211 ff. Die Mannigfaltigkeit der gesetzgeberischen Lösungen war jedenfalls so gross und der Zusammenhang mit dem kantonalen Erbrecht so eng, dass bei der Rechtsvereinheitlichung darauf verzichtet werden musste, für diejenigen Ehen, die intern oder nach allen Seiten unter dem alten Recht verblieben, die Grenzen des ehelichen Güterrechts einheitlich zu bestimmen. Es wurde deshalb den Kantonen überlassen, diese Abgrenzung vorzunehmen und diejenigen Bestimmungen ihres bisherigen "Familien- und Erbrechts" zu bezeichnen, die als güterrechtliche weiter gelten sollten. Vgl. hiezu Mutzner, Art. 9 SchlT N. 84 ff.

4) Sutter 38, 56 ff., insb. 72/73, Droin 595.

5) Mutzner, ZSR 34, 244, Komm. Art. 10 SchlT N. 8.

6) Rüsch 22 ff., Billinger 27, 32, Henrici 294 Anm. 101. - Ungenügend ist auch die gelegentliche Begründung, eine Abrede betr. die Vorschlags- und Gesamtgutsteilung entspreche nicht dem Wesen des Ehevertrages, der die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten bei Lebzeiten zu ordnen bestimmt sei: Billinger 64, Just. Dir. Zürich, ZBGR 8, 143, Ob. Ger. Zürich, ZR 14 Nr. 82. Auch die Vorschriften über die Beendigung des Güterstandes gehören zum ehelichen Güterrecht und darauf bezügliche Vereinbarungen zu den Eheverträgen im oben

fügung von Todes wegen vorliege; als solche bedürfe sie der Form des Erbvertrages, Art. 512,¹⁾ und unterliege, sofern die erbvertragliche Form erfüllt sei, den erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen²⁾. Wo jedoch auf die Bedingung des Vorabsterbens lediglich als Indiz für eine Verfügung von Todes wegen abgestellt wird³⁾, weil in einer solchen Bedingung der erbrechtliche Charakter besonders deutlich zum Ausdruck komme, wird auf ein rein äusserliches Moment abgestellt, weil ein objektiver, zuverlässiger Anhaltspunkt zu fehlen scheint. Aber auch dort, wo nicht an eine solche Bedingung angeknüpft wird, sondern die gesamten Umstände des Vertragsschlusses zur Feststellung des Vertragswillens herangezogen werden⁴⁾, werden schliesslich nur gewisse klare Grenzfälle erfasst. Ausschlaggebend ist hier nicht ein juristisches Kriterium, sondern die Beweisbarkeit der Motive. Im praktischen Ergebnis decken sich daher diese Auffassungen mit derjenigen, die die Verwendung des Ehevertrages als richtiges Mittel zum richtigen Zweck verlangt und in einem Ehevertrag zu ausschliesslich erbrechtlichen Zwecken einen Rechtsmissbrauch sieht⁵⁾.

Im Begriff des Rechtsgeschäfts von Todes wegen sind zwei wesentliche Momente enthalten: Es muss sich um eine Anordnung handeln, die im Falle des Todes des Verfügenden wirksam werden soll, und es muss diese Anordnung die Rechtsnachfolge in das Vermögen des Verfügenden (Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge, Vermächtnis oder Erbeinsetzung etc.) betreffen. Damit scheiden von vornherein alle jene Rechtsgeschäfte als nicht erbrechtlich aus, bei denen das Vorversterben des Verfügenden nicht Voraussetzung, Bedingung ist. Nicht erbrechtlich sind daher Vereinbarungen, wonach einem bestimmten Ehegatten voraussetzungslos der ganze Vorschlag oder eine andere als die gesetzliche Quote zukommen soll; denn der Umstand, dass in der Mehrzahl solche Vereinbarungen im Todesfall aktuell werden, da die andern Beendigungsgründe des Güterstandes stark zurücktreten, die Vorschlagsteilung sich somit tatsächlich als Verfügung auf den Todesfall herausstellt, der Begünstigte rein zufällig der Ueberlebende ist, genügt nicht, um ihr auch rechtlich diesen Charakter zu verleihen⁶⁾. Es ist dies ein Umstand, der erst nachträglich, ohne Zutun der Parteien, hin-

umschriebenen materiellen Sinn (S. 105, 108). Das güterrechtliche Moment kann auf keinen Fall eliminiert werden.

1) Mindestens Vereinbarungen über die Vor- und Rückschlagsbeteiligung. Siehe S. 137.

2) Rüsch 23, Sutter 74.

3) Vgl. Sutter 37: "Die Bedingung des Vorabsterbens macht für sich allein eine Vereinbarung noch nicht zu einem Rechtsgeschäft von Todes wegen. Sie ist aber zweifellos ein wesentliches Indiz für das Vorliegen einer erbrechtlichen Vereinbarung"

4) Rüsch a.a.O.

5) Egger, Art. 214 N. 18, Art. 226 N. 4, Billinger 29, BGE 53 II 97 ff.

6) Siegwart, SJZ 8, 316.

zutritt¹⁾. Anders dagegen, wenn die Vereinbarung nur für den Fall des Ueberlebens des Begünstigten erfolgt; denn hier handelt es sich um eine Bestimmung, die von vornherein nur beim Tode des einen und Ueberleben des andern Ehegatten wirksam sein soll. Es fallen somit als erbrechtliche in der Tat nur solche Rechtsgeschäfte über die Vorschlags- und Gesamtgutsteilung in Betracht, bei denen die Teilung an das Ueberleben eines bestimmten Ehegatten oder wechselseitig des andern geknüpft wird, nicht etwa, weil in diesen Fällen der erbrechtliche Charakter besonders deutlich und zweifelsfrei zutage tritt²⁾, sondern weil begrifflich nur in diesem Falle der verfügende Ehegatte eine Anordnung für den Fall seines Todes trifft.

Das gleiche Resultat ergibt sich aus einem andern Gesichtspunkt: Mittels einer Teilungsvereinbarung betreffend den Vor- und Rückschlag bzw. das Gesamtgut kann die Ehefrau in der Weise begünstigt werden, dass der Ehemann einen grösseren als den gesetzlichen Vorschlagsanspruch der Ehefrau anerkennt oder auf die Tragung eines Rückschlages durch die Frau oder auf einen Anteil am Gesamtgut im Rahmen des gesetzlich Zulässigen (Art. 226 Abs. 2) ganz oder teilweise verzichtet. Umgekehrt kann der Ehemann dadurch begünstigt werden, dass die Ehefrau auf den ihr nach Gesetz oder früherem Ehevertrag zukommenden Anteil am Vorschlag (d.h. eine Forderung gegen den Ehemann) oder am Gesamtgut verzichtet oder sich über Art. 214, 240 Abs. 2 hinaus zur Tragung eines Rückschlages verpflichtet. In jedem Fall handelt es sich um eine Zuwendung durch Anerkennung oder Verzicht auf güterrechtliche Ansprüche³⁾, die schon während der Geltungsdauer des Güterstandes bestehen, zum gegenwärtigen Vermögen der Ehegatten gehören, aber erst bei der Liquidation des Güterstandes fällig werden, auf diesen Zeitpunkt betagt sind⁴⁾. Wo nun eine Vorschlags- oder Gesamtgutsteilung

1) Siegwart, a.a.O., BGE 58 II 3.

2) Sutter 37. Vgl. S. 134 Anm. 3.

3) ZR 14 Nr. 82, insb. S. 200.

4) Solange die Güterverbindung und Gütergemeinschaft besteht, äussern die Teilungsverträge im allgemeinen keine Wirkung. Gesamtgut und Errungenschaft in der Errungenschaftsgemeinschaft stehen beiden Ehegatten zu ungeteiltem Eigentum zu, Art. 215 Abs. 1; eine Verfügung über einen Anteil ist ausgeschlossen, Art. 215 Abs. 2. "La part ne désigne que l'expectative de l'époux portant sur une part de propriété au moment de la dissolution de la communauté", Deschenaux 267. Leemann, Art. 652 N. 7, Haab, Art. 652-654 N. 21, Curti Art. 652 N. 7 bezeichnen das Anteilsrecht als Anwartschaft, die aber schon während der Gütergemeinschaft besteht, ein mit der Begründung der Gütergemeinschaft verliehener Anspruch auf einen Liquidationsanteil am Gesamtgut. - Bei der Güterverbindung ist die Errungenschaft ungeteilt Eigentum des Mannes, und es steht der Ehefrau nur eine obligatorische Forderung auf einen Anteil am Rechnungsüberschuss zu, die zu ihrem eingebrachten Gut gehört. Das Bestehen eines Rechnungsüberschusses ist Rechtsbedingung, und es müsste ein Vorempfang als ungerechtfertigt zurückerstattet werden, wenn sich bei der Auseinandersetzung ergibt, dass ein Aktivüberschuss nicht besteht. Unrichtig Egger, Art. 214 N. 8 und BGE 45 II 171, welche eine vorzeitige Vorschlagsausrichtung als Schenkung qualifizieren und damit die Rückforderung oder Anrechnung ausschliessen. Ebenso vermögen die Ehegatten aus einer Abrede über die Tragung des Rückschlages während des Bestehens der Güterstandes keine Rechte gegeneinander abzuleiten.

vereinbart wird, die nicht vom Tode eines bestimmten oder wechselseitig des andern Ehegatten abhängig ist, wird mit sofortiger Wirkung über ein Vermögensrecht verfügt. Es verzichten die Ehegatten mit sofortiger Verbindlichkeit auf nach Gesetz oder bisherigem Ehevertrag im Zeitpunkt der Güterstandsauflösung ihnen zustehende güterrechtliche Ansprüche oder es anerkennen die Ehegatten für diesen Fall solche Ansprüche gegeneinander. Eine Verfügung über den Nachlass, wie es für das Rechtsgeschäft von Todes wegen begriffswesentlich ist, liegt somit auf keinen Fall vor. Es besteht nur eine äusserliche Beziehung zur Nachlassbildung durch die Betagung auf den Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes, der in der Regel mit der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten zusammenfällt. Diese zufällige, tatsächliche Beziehung zum Erbgang macht aber eine Teilungsvereinbarung noch nicht zum Rechtsgeschäft von Todes wegen, so wenig wie obligatorische oder sachenrechtliche Rechtsgeschäfte, die erst beim Tode vollziehbar werden¹⁾, mögen auch die Ehegatten nur an diesen Fall gedacht und die andern Gründe der Beendigung des Güterstandes ausseracht gelassen haben^{2) 3)}. Wird dagegen eine Begünstigung für den Fall des Ueberlebens eines bestimmten oder gegenseitig des andern Ehegatten vereinbart, so liegt keine sofort wirksame Verfügung über einen güterrechtlichen Anspruch vor. Die Verfügung ist bedingt, nicht durch die Voraussetzung der Auflösung der güterrechtlichen Beziehungen, sondern des Ueberlebens. Objekt der Verfügung ist das Vermögen im Zeitpunkt des Erbanges und in jenem Zeitpunkt nach Gesetz oder früherem Ehevertrag zum Vermögen gehörende güterrechtliche Ansprüche⁴⁾. Wir gelangen daher zum Schluss, dass

Indessen werden diese Ansprüche durch fruchtlose Pfändung oder Konkurs fällig und können gepfändet oder zur Masse gezogen werden, Art. 175; Bosshardt 53, Kappeler 35 ff. Der Vorschlagsanspruch der Ehefrau haftet ihren Gläubigern im Rahmen des Art. 188, Kappeler 37.

1) Eine Ausnahme besteht kraft spezieller Gesetzesvorschrift für Schenkungen, deren Vollziehbarkeit auf den Tod des Schenkenden gestellt sind, Art. 245 Abs. 2 OR.

2) Es ist daher ungenau zu sagen, es genüge, dass sich ein Rechtsgeschäft auf den Nachlass "beziehe" und die Bildung des Nachlasses bestimme, Sutter 38. Vgl. auch BGE 58 II 5. Entscheidend ist die Art und Weise dieser "Beziehung" zur Nachlassbildung.

3) Ob im konkreten Fall eine Begünstigung nur für den Fall des Ueberlebens beabsichtigt ist, ist eine Frage der Vertragsauslegung. ZR 14 Nr. 82 E. 1.

4) In BGE 58 II 5 verneint das BG das Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen mit der Begründung, es liege eine Verfügung über das eigene Vermögen gar nicht vor, da der Umfang desselben überhaupt erst durch die Vereinbarung bestimmt werde. Aus demselben Grunde verneinen dann auch Guhl, ZBJV 48, 213 und Escher, SJZ 29, 242 die Anwendbarkeit von Art. 527 Ziff. 4. Ausgangs- und Vergleichspunkt ist die Ordnung, wie sie für den Fall des Nichteintritts der Bedingung gelten würde, d.i. in der Regel die subsidiäre gesetzliche Ordnung gemäss Art. 214 Abs. 1, 240 Abs. 1, 225 Abs. 1, eventuell ein früherer Ehevertrag, soweit er nicht durch die spätere Vereinbarung als aufgehoben zu betrachten ist. In Beziehung zu dieser Ordnung liegt zweifellos eine auf den Todesfall gestellte Zuwendung durch Verzicht oder Anerkennung vermögenswerter Ansprüche güterrechtlicher Natur vor, d.h. unter erbrechtlichem Gesichtspunkt ein Vermächtnis durch Schulderrlass (Erlass einer Vorschlagsforderung oder Forderung auf Uebernahme des Rückschlages), Schuldanerkennung (Anerkennung einer Vorschlagsforderung,

Vereinbarungen über die Beteiligung am Vor- und Rückschlag oder am Gesamtgut, die auf den Tod eines bestimmten Ehegatten oder gegenseitig auf das Ueberleben abstellen, die Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts von Todes wegen erfüllen.

Wird der erbrechtliche Charakter der auf das Ueberleben abstellenden Teilungsvereinbarungen bejaht, so fragt es sich, ob sie zu ihrer Gültigkeit nun auch der Form des Erbvertrages bedürfen. Die Frage wird in der Literatur für die Vorschlagsteilung bejaht¹⁾. Das einzige Argument, womit diese Folgerung begründet wird, ist der Hinweis auf das Bestreben des Gesetzes, eheliches Güterrecht und Erbrecht scharf zu trennen, sodass güterrechtliche Vereinbarungen nur in der Form des Ehevertrages, erbrechtliche nur in derjenigen des Erbvertrages geschlossen werden könnten. Diese Trennung lag wohl in der Absicht des Gesetzgebers, ist aber gerade in diesem Berührungspunkt zwischen Güterrecht und Ehegattenerbrecht nicht strikte durchgeführt. Es wird dies besonders deutlich in Art. 226 Abs. 2: Auch wenn es sich formell um eine Vorschrift des ehelichen Güterrechts handelt, haben wir es der Sache nach mit einer Ergänzung des erbrechtlichen Pflichtteilsrechtes zu tun. Die Ehevertragsfreiheit wird durch den erbrechtlichen Pflichtteilschutz beschränkt. Damit ist hier in materieller Hinsicht die gegenseitige Abhängigkeit des Ehegüterrechts und Erbrechts anerkannt²⁾. In formeller Hinsicht hat in diesem Fall der Gütergemeinschaft keiner der Autoren, die

Ueberrahme des Rückschlags) oder Abtretung (eines Liquidationsanteils am Gesamtgut) vor. Ob diese Ansprüche des überlebenden Ehegatten in die Erbteilung einzubeziehen sind oder vor der Nachlassbildung als Passiven des Nachlasses befriedigt werden müssen, vor der Nachlassbildung "ausscheiden" (ZR 14 Nr. 82), hängt gerade davon ab, ob sie als güterrechtliche oder erbrechtliche anzusehen sind, nicht aber bestimmt sich ihre Rechtsnatur darnach, ob sie vor der Nachlassbildung "ausscheiden" oder nicht.

1) Egger, Art. 214 N. 20, Sutter 56 ff., Rüsch 22 ff. Vgl. auch den Entscheid der zürch. Just. Dir., ZBGR 8, 138, wo eine Vorschlagsteilung als erbrechtlich beurteilt und deshalb die vormundschaftsbehördliche Genehmigung, Art. 181 Abs. 2, abgelehnt wurde. Anders Bern. Reg. Rat, MBVR 28, 78 = ZBGR 11, 106 und Ob. Ger. Luzern, ZBGR 21, 225, letzteres mit der Begründung, dass, solange die Frage nicht gerichtlich entschieden sei, kein Grund bestehe, die Genehmigung zu verweigern.

2) Vgl. Escher, Art. 462 N. 7: "Die Grenze zwischen Erbrecht und Güterrecht ist hier (bei der Gütergemeinschaft) weniger scharf gezogen als bei den andern Güterrechtssystemen". Ferner Siegwart, SJZ 8, 315: "Die in Frage stehende Bestimmung findet sich im ehelichen Güterrecht, und es ist eine ausgesprochene Tendenz des ZGB gewesen, das eheliche Güterrecht und das Erbrecht scharf auseinanderzuhalten. Eine Auslegung in dem zweiten genannten Sinn" (scl. Ausschluss erbrechtlicher Ansprüche des überlebenden Ehegatten an dem den Nachkommen vorbehaltenen Viertel des Gesamtgutes)" bedeutet nun aber eine Vermischung der beiden Materien. Demgegenüber muss betont werden, dass bei aller systematischen Scheidung doch ein natürlicher innerer Zusammenhang zwischen diesen beiden Gebieten des Rechts besteht, und gerade das Verhältnis, um das es sich hier handelt, enthält einen solchen Berührungspunkt. Es ist nicht ein dem Wesen des ehelichen Güterrechts entspringender Gesichtspunkt, der hier zu einer Einschränkung der Ehevertragsfreiheit führt, sondern eine erbrechtliche Erwägung, der gleiche Gedanke, der dem Pflichtteilsrecht zugrunde liegt. Da hört also die Systematik auf. Ein Stück Erbrecht liegt in der Bestimmung auf jeden Fall, wie man sie auslegen möge ... "

sich für die erbvertragliche Natur der auf das Ueberleben abstellenden Teilungsabreden ausgesprochen haben, die Konsequenz gezogen, dass deshalb auch die Form des Erbvertrages erforderlich sei¹⁾. Es kann vielmehr als allgemein anerkannt gelten, dass Vereinbarungen über die Gesamtgutsteilung in der Form des Ehevertrages zulässig sind, auch wenn einem Ehegatten das Ganze zugewiesen und die Zuweisung vom Ueberleben abhängig gemacht wird. Eine andere Lösung wäre auch mit dem Wortlaut des Gesetzes, das mit Ausnahme der in Abs. 2 aufgestellten Schranke vorbehaltlos eine "andere Teilung" durch Ehevertrag zulässt, gar nicht vereinbar. Damit ist jedenfalls in Art. 226 für die allgemeine und beschränkte Gütergemeinschaft eine Gesamtgutsteilung, die unter Umständen die Voraussetzungen einer Verfügung von Todes wegen erfüllt, in der Form des Ehevertrages zugelassen.

Ist dem so, so besteht keinerlei Grund, Art. 214 Abs. 3 anders auszulegen und hier die Form des Erbvertrages zu verlangen, sobald auf die Absterbeordnung abgestellt wird. Das gesetzgeberische Motiv für die den Ehegatten eingeräumte Freiheit ist hier wie dort dasselbe²⁾. Auch die Verschiedenheit der durch Art. 226 und 214 gewährten Ansprüche vermag in Bezug auf die Vertragsform eine verschiedene Behandlung nicht zu rechtfertigen. Handelt es sich nach Art. 214 um rein obligatorische Forderungen auf einen Anteil am Rechnungsüberschuss oder auf Uebernahme des Rückschlages, so wird ja auch bei einem Vertrag über die Gesamtgutsteilung nicht über dingliche Rechte, sondern über Ansprüche auf einen Liquidationsanteil, die im wesentlichen ebenfalls obligatorischer Natur sind³⁾, verfügt; denn die dingliche Berechtigung geht bis zur durchgeführten Liquidation ungeteilt auf das Ganze, Art. 215 Abs. 1. Vor allem aber kann auch in denjenigen Vereinbarungen über die Beteiligung am Vor- oder Rückschlag, die nach dem vorher Gesagten materiell eine Begünstigung von Todes wegen enthalten, das güterrechtliche Element auf keinen Fall ausgeschlossen werden⁴⁾. Sie enthalten Verfügungen über Ansprüche, die einzig und allein im ehelichen Güterrecht nach Massgabe des zutreffenden Güterstandes begründet sind. Sind sie auch nicht bestimmt, die Beziehungen der Ehegatten für die Geltungsdauer des

1) Vgl. Rüscli 27, Sutter (allerdings mit etwelchen Bedenken, S. 63) 79 und dort in Anm. 1 zit. Autoren.

2) Vgl. Denzler: "Nach dem geltenden Recht kann einzig die Behauptung anerkannt werden, dass dem Güterverbindungsrecht ganz allgemein der Gedanke zugrunde liege, das Produkt gemeinschaftlichen Wirkens beiden Ehegatten zugute kommen zu lassen, sobald es nicht mehr der Gemeinschaft selbst dienstbar gemacht werden kann (S. 104) ... ohne dabei nach der direkten Urheberschaft zu fragen. Diesen Grundsatz will das Gesetz dahin erweitern, dass es den Ehegatten überhaupt freistellt, das Schicksal des im Laufe der Ehe angehäuften Vorschlages durch Uebereinkunft festzulegen (110)". Für umfassende Vertragsfreiheit tritt insbesondere Droin 596 ein.

3) Vgl. S. 135 Anm. 4. Damit übereinstimmend Art. 228, der ebenfalls nur einen obligatorischen Anspruch auf die Einbringungen, nicht aber ein dingliches Recht verleiht.

4) BGE 58 II 5, Henrici 289, Egger, 1. Aufl., Art. 214 Anm. 3b.

Güterstandes zu regeln, so erfüllen die Vorschlagsabreden dennoch die Voraussetzungen des Ehevertrages in dem oben umschriebenen Sinn¹⁾; es gehören auch die Liquidationsvorschriften zum Recht des einzelnen Güterstandes, und es ergibt sich die Notwendigkeit der Ehevertragsform aus dem in Art. 178 enthaltenen Prinzip, wonach eine von der subsidiären gesetzlichen Ordnung abweichende Regelung nur durch Ehevertrag möglich ist²⁾. Das Gesetz lässt somit u.E. im Bereich der Art. 214, 226 und 240 materielle Erbverträge in der Form des Ehevertrages zu; es genügt zu ihrer Gültigkeit in jedem Fall die Form des Ehevertrages³⁾⁴⁾⁵⁾.

Vermögenszuweisungen auf Rechnung des durch Gesetz oder speziellen Vertrag gewährten Anteils am Vorschlag und Gesamtgut fallen unter den Begriff der güterrechtlichen Auseinandersetzung; es haftet daher der begünstigte Ehegatte mit den empfangenen Werten nach Massgabe von Art. 188. Diese Haftung zessiert nicht dadurch, dass einzelne Vereinbarungen den Tatbestand einer Verfügung von Todes wegen erfüllen. Verträge über die Vorschlags- oder Gesamtgutsteilung enthalten immer nur eine Verfügung über eine Quote des Vorschlags oder des Gesamtgutes, nie des Gesamtvermögens. Inhaltlich haben wir es daher höchstens mit einem Vermächtnisvertrag, nicht Erbeinsetzungsvertrag zu tun⁶⁾. Die Begünstigung ist nicht mit Erbenstellung, daher auch nicht mit Erbenhaftung verbunden. Den Rechten des Vermächtnisnehmers gehen aber die Ansprüche der Gläubiger des Erblassers vor, Art. 564. Abs. 1. Art. 188 ist daher auf die Vorschlagstilgung und Gesamtgutsteilung anwendbar, ohne Rücksicht auf den allenfalls erbrechtlichen Inhalt eines Ehevertrages. Andererseits ist Art. 188 aber auch dann anwendbar, wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung und die Zuweisung des Vermögens auf Rechnung der verschiedenen güterrechtlichen Ansprüche der Ehegatten in einem Erbvertrag geregelt ist. Massgebend ist allein der Rechts-

1) S. 105.

2) S. 108.

3) Inklusive vormundschaftsbehördliche Genehmigung, Art. 181 Abs. 2.

4) Damit ist die Frage, ob eine Vorschlagsabrede der Herabsetzung analog Art. 226 Abs. 2 (so Rüsch 27, Egger, 1. Auflage, Art. 214 Anm. 3b, wohl auch 2. Aufl. Art. 214 N. 19, Guhl, ZBJV 68, 72, 69, 454, 70, 137, ferner Sicherung und Begünstigung der Ehegatten 36) oder gemäss Art. 522 (Sutter 63, Denzler 107), eventuell Art. 527 (Schweizer, ZSR 47, 88a, Egger, 1. Aufl., Art. 214 Anm. 5; dagegen und für unbeschränkte Ehevertragsfreiheit Droin 596, Guhl, ZBJV 48, 212, Curti Art. 214 N. 18, Escher, Art. 462 N. 7 und SJZ 29, 242, Tuor, Art. 527 N. 21, Billinger 63, Rossel-Mentha I 374, im Gegensatz zur 1. Aufl.) unterliegt, noch nicht entschieden. Sie darf nicht mit der Formfrage vermenget werden. Eine Erörterung dieses Problems gehört jedoch nicht mehr in den Rahmen dieser Arbeit.

5) Insofern setzt das Gesetz die Tradition der altrechtlichen "Eheverträge" fort. Vgl. S. 133 Anm. 3.

6) Auch wo bei Fehlen von Nachkommen der überlebende Ehegatte das Gesamtgut ungeteilt übernimmt, handelt es sich mit Rücksicht auf das Sondergut des Verstorbenen nicht um den Gesamtnachlass. Die Erbenhaftung wird somit erst durch die Annahme des Anteils am Sondergut vermittelt.

grund des getilgten Anspruches, nicht die von den Ehegatten für die Auseinandersetzung gewählte Form.

b) Die dingliche Wirkung der Güterstandsänderung.

Eine rechtsgeschäftliche Auseinandersetzung erübrigt sich, soweit ein Ehevertrag, ein richterliches Erkenntnis oder ein Wohnsitzwechsel die Wirkungen des bisherigen Güterstandes auf das vorhandene Vermögen ipso iure beseitigt, wo die bisherige Ordnung mit dinglicher Wirkung aufgehoben und durch die neue Ordnung abgelöst, bzw. in diese übergeführt wird. Insofern bedarf es höchstens der tatsächlichen Ausscheidung, eventuell der Berichtigung öffentlicher Register, insbesondere des Grundbuches¹⁾. Eine Auseinandersetzung ist nur dort notwendig, wo die bisherigen Rechtsverhältnisse bestehen bleiben und mit der neuen Güterordnung nicht vereinbar sind, wie das Bestehenbleiben von Gesamtgut bei Uebergang zu Güterverbindung oder Gütertrennung oder das Fortbestehen güterstandsmässig begründeter Ersatzforderungen, die durch die Aenderung nicht eo ipso getilgt oder untergegangen sind²⁾.

Es bedarf zunächst keiner weiteren Begründung, dass neu anfallendes Vermögen (entgeltlicher und unentgeltlicher Vermögenserwerb) vom Zeitpunkt des Güterstandswechsels an den neuen güterrechtlichen Regeln, bei gänzlichem Wegfall güterrechtlicher Beziehungen den allgemeinen obligationen- und sachenrechtlichen Regeln folgt. Fraglich ist dagegen die Wirkung auf das im Zeitpunkt der Aenderung vorhandene Vermögen. Zwei grundsätzliche Lösungen stehen sich gegenüber: Entweder fallen die Wirkungen des bisherigen Güterstandes mit diesem dahin, und es wird so gehalten, wie wenn die Ehegatten von Anfang ihrer Ehe an unter dem Recht des neuen Güterstandes gelebt hätten (Wirkung ex tunc). Dann ist eine Auseinandersetzung nur soweit erforderlich, als diese Rekonstruktion aus tatsächlichen Gründen (z.B. wegen Vermischung, Verarbeitung, Aufgehen der Einkünfte des eingebrachten Frauengutes im Mannesvermögen, Vorhandensein von Gesamthandserrungschaft bei Gütergemeinschaft, oder weil die Herkunft einzelner Vermögenobjekte nicht mehr nachgewiesen werden kann) nicht durchführbar ist. Oder es bleiben die Wirkungen des bisherigen Güterstandes auf das Vermögen der Ehegatten bestehen, und es wird dasselbe in seinem momentanen Bestand den Regeln des neuen Güterstandes unterworfen, soweit eine An-

1) Kommt es dabei zu einem Rechtsstreit, so ist das Urteil Feststellungs-, nicht Leistungs- oder Gestaltungsurteil. Vgl. auch Droin 356: "L'acte de liquidation et l'inventaire ne sont pas constitutifs, mais simplement déclaratifs des droits des parties. Les droits des époux découlent ipso facto de la séparation de biens".

2) Inhaltlich umfassen die Auseinandersetzungsgeschäfte die Gesamtgutsteilung und Teilungsgeschäfte (Barzahlung, Vermögensabtretung zahlungshalber oder an Zahlungsstatt, Verrechnung); Bosshardt 37. Unrichtig, wenn Bosshardt auch den Erlass erwähnt, 36. Der Erlass ist nie Rechtsgeschäft güterrechtlicher Natur.

knüpfung an die frühere Ordnung möglich ist (Wirkung ex nunc). Darüberhinaus ist es den Ehegatten überlassen, rechtsgeschäftlich den früheren Güterstand nach dessen Regeln zu liquidieren. Ein Drittes, das Weiterbestehen des bisherigen Güterstandes für das vorhandene Vermögen und Wirksamkeit des neuen nur für den zukünftigen Erwerb, verbietet sich aus Gründen der Uebersichtlichkeit der Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten und mit Dritten. Soweit der gewählte neue Güterstand nicht selbst differenziert und Elemente verschiedener Güterrechtstypen enthält, ist der Güterstand immer ein einheitlicher¹⁾. Wenn der bisherige Güterstand in einzelnen Beziehungen weiterwirkt, so ist dies grundsätzlich nur für eine Uebergangszeit zulässig.

Das Gesetz regelt die Wirkungen des Güterstandswechsels und der Beendigung güterrechtlicher Beziehungen nur lückenhaft und uneinheitlich. Bestimmungen finden sich in Art. 154, 189, 210/211, 212 ff., 224, 225 ff. ZGB, Art. 9/10 SchlT, Art. 19, 20 NAG. Es wird nach dem Grund der Liquidation unterschieden.

1. Auflösung der Ehe zufolge Scheidung oder Ungültigerklärung: Art. 154, 134 Abs. 2. Sie enthalten den Grundsatz der Rückwirkung der Aufhebung der güterrechtlichen Beziehungen:

"Dagegen hat das Bundesgericht in beiden Fällen (BGE 40 II 172, 41 II 333) grundsätzlich festgestellt, dass Sinn und Zweck des Art. 154 dahingehen, für den Fall der Scheidung soweit als möglich die ökonomischen Verhältnisse der Gatten vor Abschluss der Ehe wieder herzustellen und die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe extunc dahinfallen zu lassen. An dieser Auffassung ist festzuhalten ..."
BGE 47 II 130.

Das eheliche Vermögen zerfällt ohne Rücksicht auf den bisherigen Güterstand in die ursprünglichen Eigengüter der Ehegatten und zwar mit unmittelbarer dinglicher Wirkung²⁾. Lediglich ein Vorschlag wird nach den Regeln

1) Gmür, Vorbem. vor Art. 178, zum 1. Abschnitt N. 16.

2) BGE 47 II 131. a.A. bezüglich die Gütergemeinschaft Haab, Art. 652-54 N. 14, Wieland, Art. 654 Anm. 2, die auch bei Scheidung eine rechtsgeschäftliche Liquidation des Gesamtgutes für erforderlich halten. Es trifft dies nur zu für einen allfälligen Gesamtgutsrest nach Rücknahme der Eigengüter.

Nach Art. 199 und 201 Abs. 3 ins Eigentum des Mannes gelangte Werte fallen, soweit sie noch in natura vorhanden sind, ins Eigentum der Ehefrau zurück; BGE 40 II 173, 47 II 132, 50 II 321, Blocher, ZSR 36, 269, 273, Kappeler 25, Egger, Art. 201 N. 15, Gmür, Art. 201 N. 35 (beide Autoren im Gegensatz zu ihrer in 1. Aufl. geäußerten Ansicht), Tabin, S. 87 ff., insb. 91. a.A. Erny 75 u. Jos. Huber 27 ff., letzterer unter Berufung auf Erl. 100. Nach J. Huber ist der Eigentumsübergang nach Art. 201 Abs. 3 rein sachenrechtlicher Natur, ein Anwendungsfall von Art. 772, somit keine Wirkung des Güterstandes, die mit der Scheidung rückgängig gemacht würde. Die Voraussetzungen der Art. 201 Abs. 3 und Art. 772 sind jedoch nicht identisch. Art. 201 Abs. 3 ist enger und geht daher als güterrechtliche Spezialbestimmung Art. 772 vor. Vgl. Giesker-Zeller 28 betr. die Abgrenzung sachen- und güterrechtlicher Normen.

des subsidiären gesetzlichen oder des vertraglichen¹⁾ Güterstandes geteilt²⁾³⁾.

2. Auflösung der Ehe infolge Todes eines Ehegatten: Sie ist grundsätzlich ohne unmittelbare Wirkung auf die güterrechtliche Vermögensordnung. Dieselbe bleibt unverändert und muss nach den besondern Regeln des einzelnen Güterstandes liquidiert werden, Art. 212 ff., 225 ff. Lediglich bei Gütergemeinschaft erwirbt der überlebende Ehegatte, dem durch Ehevertrag das Gesamtgut als Ganzes zugewiesen wird, am Gesamtvermögen Alleineigentum infolge Anwachung. Massgebend ist dabei der interne Güterstand, Art. 248 Abs. 2⁴⁾.

1) Nach Droin 359 kommen dabei lediglich die Regeln des vertraglichen Güterstandes (Wortlaut des Art. 154 Abs. 2) zur Anwendung, während jede vertragliche Abweichung als "avantage", Anspruch aus Ehevertrag im Sinne des Art. 154 Abs. 3 zu betrachten sei, dessen die Ehegatten verlustig gehen. Für die Aufrechterhaltung einer ehevertraglichen Vorschlags- und Gesamtgutsteilung Egger, Art. 154 N. 9, Gmür, Art. 154 N. 21, Art. 214 N. 33a, Curti, Art. 154 N. 9, Blocher, ZSR 36,285, Jos. Huber 62. - Gegen die Anwendung der Teilungsregeln eines ehevertraglichen Güterstandes Mutzner, ZSR 34,185, Komm. Art. 9 SchlT N. 61 (ohne Begründung).

2) Art. 154 findet auch bei der Scheidung ausländischer Ehegatten Anwendung. Art. 7h Abs. 3 NAG. BGE 44 II 454, 47 II 6.

3) Es ist allerdings nur bedingt richtig, dass der bisherige Güterstand unbeachtet bleibt. Je länger die Ehe gedauert hat, desto weniger kann von einer restitutio in integrum die Rede sein. Gewisse Wirkungen wie die ehemännliche Nutzniessung lassen sich nicht mehr beseitigen. Die Erträge ihres Gutes kommen der Ehefrau nur soweit zugute, als daraus ein Vor-schlag oder eine Vermehrung des Gesamtgutes resultierte.

4) Das gilt insbesondere für die dinglichen Rechte am vorhandenen Vermögen, einschliesslich der Rechte an Grundstücken. Unter Vorbehalt der Rechte Dritter gewinnt das interne Güterrecht bei der Liquidation externe Wirksamkeit. Ist ein Ehegatte nach internem Recht Eigentümer einer Liegenschaft, die extern dem andern Ehegatten zustand und auf den letztern eingetragen war, so tritt durch den Todesfall im Aussenverhältnis ein aussergrundbuchlicher Eigentumserwerb ein, und es kann der überlebende Ehegatte die Eintragung im Grundbuch gestützt auf den Ehevertrag verlangen. In diesem Sinne Volkart, Die Rechtsstellung pflichtteilsberechtigter Erben, ZBGR 18, 222, Schönberger, Zehn Jahre ZGB, Die Grundbuchpraxis, 1924, S. 105, Bern. Reg. Rat, MBVR 32, 168 (=ZBGR 17, 70 ff.) und Bern. Just. Dir., Verwaltungsbericht 1930, ZBGR 12, 186, Reg. Rat St. Gallen, Amtsbericht 1930, ZBGR 12, 220 Nr. 2. - Demgegenüber nimmt Baumann, Der Einfluss des ehelichen Güterrechts auf das Grundeigentum, ZBGR 19, 113 ff., an, dass bei externer Güterverbindung und interner Gütergemeinschaft die Grundstücke nach externem Recht in die Erbmasse fallen, worauf der überlebende Ehegatte gestützt auf das interne Recht von den Erben deren Ueberlassung bei der Erbteilung zu verlangen habe, S. 119. Ebenso hat das eidg. Just. u. Pol. Dep. die dingliche Wirkung eines internen Gütergemeinschaftsvertrages verneint und dem Ehegatten lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen die Erben auf Uebertragung der zum internen Gesamtgut gehörenden Grundstücke durch den Erbteilungs- oder einen speziellen Uebertragungsvertrag zuerkannt; Entsch. vom 4. März 1936 in St. Gall. Verwaltungspraxis 3, 288 = ZBGR 20, 283. Dieser Auffassung hat sich neuerdings das Bundesgericht (2. Zivilabteilung als Verwaltungsgericht) angeschlossen, indem es das Begehren einer Witwe um Eintragung als Alleineigentümerin gestützt auf einen internen Gütergemeinschaftsvertrag abwie; BGE 73 I 273 ff., unter Ablehnung der Ausführungen Volkarts a.a.O. Zur Kritik dieses Entscheides vgl. S. 7 und dort Anm. 3. Diese Praxis läuft darauf hinaus, das interne Güterrecht auf eine blosse erbrechtliche Teilungsvorschrift, die Rechte des überlebenden Ehegatten aus dem internen Güterstand auf blosse obligatorische Ansprüche gegen die Erben zu reduzieren. Gemäss Art. 248 Abs. 2 gelten die Erben

In gleicher Weise vollzieht sich die Auseinandersetzung bei Verschollenerklärung eines Ehegatten¹⁾.

3. Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes:

Die Lösung ist die gleiche wie im Falle der Scheidung. Das eheliche Vermögen zerfällt rückwirkend in die Eigengüter der Ehegatten, ungeachtet des bisherigen Güterstandes. Nur ein Vorschlag wird nach den Regeln des Güterstandes bezw. nach dem die Teilung regelnden Ehevertrag geteilt²⁾.

nicht als Dritte und ist für sie das interne Güterrecht verbindlich. Gewinnt der überlebende Ehegatte, dem der öffentlich beurkundete und von der Vormundschaftsbehörde genehmigte Ehevertrag im Todesfall das Gesamtgut als Ganzes zuweist, durch Anwachsung Alleineigentum - die Ausführungen Haabs zu Art. 652-654 N. 15 treffen auch auf diesen Fall zu -, so ist für einen Auseinandersetzungsvertrag mit den Erben gar kein Raum. Dann ist aber auch ein Auseinandersetzungsvertrag oder eine schriftliche Zustimmung sämtlicher Erben zur Eintragung im Grundbuch, wie sie das Bundesgericht als Voraussetzung für die Eintragung verlangt, gegenstandslos, da sich die Erben nicht über Rechte auseinandersetzen können, die ihnen nach dem für sie geltenden internen Güterrecht nicht zustehen. Vollends vermag das weitere angezogene Argument, dass das Grundstück von den Erben als Sondergut beansprucht oder der Ehevertrag angefochten werden könnte, nicht zu befriedigen, da diese Lösung im Streitfalle die Parteirollen entgegen der materiellen Rechtslage verteilt. Sie zwingt den überlebenden Ehegatten zur Klage, wenn er die Zustimmung der leer ausgehenden oder sonst enttäuschten Erben nicht erlangt, und weist den Erben, die Sondergut oder Ungültigkeit des Ehevertrages behaupten, entgegen der Gesamtgutsvermutung, Art. 215 Abs. 3, 193 sowie der allgemeinen Beweisregel des Art. 8 ZGB die Beklagtenrolle zu. Der Entscheid entwertet die vom Gesetz ausdrücklich geschaffene Möglichkeit eines nur intern geltenden Güterstandes, wobei dies weder durch die Interessen der Erben noch der Dritten noch durch die Belange des Grundbuchs geboten erscheint. Wollen die Erben die Eintragung anfechten, so steht ihnen die gerichtliche Klage wie gegen jeden andern ungerechtfertigten Eintrag offen. Dritte geniessen den Schutz des guten Glaubens, und den Gläubigerinteressen wird durch Art. 188 Genüge getan, der auf diese Eigentumsänderung als einen Akt der güterrechtlichen Auseinandersetzung anwendbar ist. Unrichtig Baumann, a.a.O. 121, der die Anwendbarkeit von Art. 188 verneint, da kein Güterstandswechsel vorliege.

1) Denzler 14, Weiss 53, Roboz 55, Gmür, Art. 212 N. 2. a.A. Droin 578, der die Liquidation nach Art. 154 durchführen will (Argument aus Art. 102).

2) Vgl. im einzelnen Erny, Der ausserordentliche Güterstand nach ZGB, Diss. 1919, S. 74 ff., F. Wolfensberger, Die gerichtliche Gütertrennung auf Verlangen der Ehefrau, Diss. Basel 1941.

Zur Frage der Berücksichtigung eines Ehevertrages vgl. die S.142 Anm. 1 zit. Literatur, ferner Egger, Art. 189 N. 3, Gmür, Art. 189 N. 9, Henrici 65, Erny 76, Kappeler 35 ff., Mutzner, Art. 9 SchI N. 68. - Art. 189 ist dispositives Recht. Es können die Ehegatten unter Vorbehalt der Rechte der Gläubiger (Abs. 1) die Auseinandersetzung nach andern Gesichtspunkten, insbesondere güterstandsgemäss, vornehmen. Vgl. die zit. Literatur und Kappeler 19, Sem. jud. 54, 518, Gmür, Art. 189 N. 11c. Doch ist die dingliche Wirkung der Gütertrennung der Parteidisposition entzogen. Sie richtet sich in jedem Fall nach der Regel des Art. 189. Eine abweichende Auseinandersetzung lässt sich nur auf dem Wege entsprechender rechtsgeschäftlicher Uebertragungen von Vermögensrechten durchführen. - Ueber die vertragliche Gütertrennung vgl. S. 156/157.

Art. 189 findet auch Anwendung, wenn die Ehegatten intern unter ausländischem Güterrecht leben; BGE 47 II S. 6 ff.

4. Güterstandswechsel infolge Wohnsitzwechsel vom Ausland in die Schweiz: Sofern infolge Divergenz zwischen dem bisherigen ausländischen und dem nunmehr geltenden schweizerischen Güterrecht ein Güterstandswechsel eintritt, wirkt derselbe auf den Beginn der Ehe zurück, Art. 20 NAG¹⁾. Ein Vorbehalt zugunsten einer Vorschlags- oder Errungenschaftsteilung nach bisherigem Recht, entsprechend Art. 154 Abs. 2 und Art. 189 Abs. 2 ZGB, besteht nicht²⁾.

5. Intertemporalrechtlicher Güterstandswechsel: Die Wirkung des Rechtswechsels auf das vorhandene Vermögen ist in Art. 9 - 11 SchlT, die als Spezialbestimmungen Art. 1 - 4 SchlT vorgehen³⁾, nicht entschieden. Die Lösung ergibt sich aus Art. 1 SchlT im Sinne der Nichtrückwirkung⁴⁾. Die nach dem bisherigen Güterrecht extern gültig begründeten Eigentumsverhältnisse bleiben anerkannt, das neue Recht knüpft an sie an und entfaltet an ihnen seine Wirkungen, ohne dass auf frühere güterrechtliche Eigentumsverschiebungen Rücksicht genommen wird⁵⁾. Wo jedoch die

1) Mutzner, ZSR 34, 192 ff., 295, BGE 36 II 618, ZR 11 Nr. 59. a.A. (Wirkung ex nunc) W. Huber, Beiträge zum schweiz. internationalen Personen-, Familien- u. Erbrecht, Diss. Zürich 1927, S. 72. - Der Rückwirkung sind im Ausland gelegene Grundstücke entzogen, sofern die Anwendung schweizerischen Rechts einen mit der ausländischen Ordnung der dinglichen Rechte nicht vereinbaren Zustand herbeiführen würde.

2) Bleiben die Ehegatten intern unter ihrem bisherigen Recht (Art. 19 Abs. 1 NAG), so richtet sich für sie und ihre Erben die Beteiligung am Vorschlag oder an der Errungenschaft nach dem internen ausländischen Güterrecht. Nach schweizerischer Güterverbindung wird die gesamte Errungenschaft als Alleineigentum des Mannes behandelt, auch wenn die Ehegatten im Ausland unter Gütergemeinschaft (z.B. Fahrnisgemeinschaft des Code civil) standen.

3) Guhl, ZBJV 46, 530.

4) Schorer, ZBJV 47, 12, Bühlmann, Das schweiz. ZGB im Kanton Bern, 112, Martin 136, 152, Gmür S. 321, Curti, Art. 9 SchlT N. 14, Reichel, Einführungsbestimmungen, 32, Leemann, zit. bei Schweizer, ZSR 47, 81a. Für Wirkung ex tunc Burckhardt-Passavant, ZSR 28, 362, aarg. und zürcherisches Obergericht in SJZ 11, 230 ff., ZR 12 Nr. 233, 17 Nr. 158. Teilweise Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts nimmt an Giesker-Zeller 94, wenn Ehegatten nach 1912 vom alten zu neuem Recht übergehen. Ferner nimmt Mutzner, ZSR 34, 276 u. Anm. 234, Komm. Art. 9 SchlT N. 142-45, Huber-Mutzner, System u. Geschichte, Bd. 1, 283 eine teilweise Rückwirkung an für den Fall, dass externes und internes bisheriges Recht divergieren und nicht ein sowohl nach externem wie internem Recht abgeschlossener Erwerbstatbestand vorliege. Das externe neue Güterrecht knüpft an die bisherige externe Rechtslage an, ohne Rücksicht darauf, ob sie mit dem internen Recht übereinstimmt. Es lässt sich nicht sagen, dass ein Erwerbstatbestand erst abgeschlossen sei, wenn internes und externes Recht übereinstimmen.

5) So bleibt das vor 1912 eingebrachte Gut der Ehefrau bei bernischer Gütereinheit Eigentum des Mannes, auch wenn die Ehegatten extern fortan unter neuerechtlicher Güterverbindung leben. Umgekehrt blieb die Ehefrau extern Alleineigentümerin des von ihr Eingebrachten, wenn die Ehegatten unter aargauischer Gütereinheit als Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes, extern aber gemäss Art. 19 NAG unter zürcherischer Güterverbindung standen und mit Inkrafttreten des ZGB extern unter neuerechtliche Güterverbindung gelangten. Vgl. hiezu Baumann, ZBGR 19, 115 und bern. Reg. Rat in MBVR 12, 408 = ZBGR 19, 82.

Indem allerdings die unter dem alten Recht geschaffenen Tatbestände fortan von neuem Recht beherrscht wurden, fand eine gewisse Rückwirkung statt. Das neue Recht anerkannte das

alt- und neurechtliche güterständliche Eigentumsordnung unvereinbar sind, wie beim Uebergang von altrechtlicher Gütergemeinschaft zur Güterverbindung des neuen Rechts, bedarf es der rechtsgeschäftlichen Liquidation. Bis zu deren Vornahme bleibt der altrechtliche Zustand, insbesondere also altrechtliches Gesamteigentum, bestehen¹⁾.

Nicht ausdrücklich geregelt sind die Folgen des Güterstandswechsels infolge Wohnsitzwechsels in einen andern Registerbezirk, Art. 250, bei Aufhebung des ausserordentlichen Güterstandes, Art. 187, und zufolge Ehevertrags, Art. 179. Es besteht eine Gesetzeslücke, die von der Praxis ausgefüllt werden muss, Art. 1 Abs. 2 ZGB.

6. Güterstandswechsel infolge Wohnsitzwechsels, Art. 250. Die Nichtübertragung eines Registereintrags führt zu einem gesetzlichen Güterstandswechsel von einem vertraglichen oder dem ausserordentlichen Güterstand, d.h. von Gütertrennung mit oder ohne Ehesteuer, Gütereinheit oder einer Form der Gütergemeinschaft zu Güterverbindung. Sie führt ferner zur Aufhebung ehevertraglichen Sonderguts. Aus dem Gesetz ergeben sich keine Anhaltspunkte über die Wirkungen dieses Wechsels auf das vorhandene Vermögen. Auch die Literatur lässt die Frage durchwegs offen²⁾. Doch drängt sich gerade in diesem Fall eine klare, für die Praxis leicht durchführbare Lösung auf, weil die Uebertragung des Regi-

Da-sein eines altrechtlichen Erwerbstatbestandes, knüpfte aber an diesen seine eigenen Wirkungen an; das So-sein richtete sich nach neuem Recht, Art. 3 SchlT, Ostertag, SJZ 1912, 387.

1) Vgl. hiezu auch S. 148. Daher in der Begründung wohl unrichtig ZBJV 52, 142. Da es sich um eine unter neurechtlicher Güterverbindung begründete Forderung handelte, und das Gesamtgut nie extern wirksam liquidiert worden war, hätte nur der Liquidationsanteil des Ehemannes am weiterbestehenden Gesamtgut gepfändet werden dürfen. In diesem Sinne das Bundesgericht i.S. Schoch-Kalt, ZBGR 19, 98 ff. und ZBGR 20, 81 = MBVR 11, 169. Der Bundesrat nahm in einem solchen Falle Miteigentum der Ehegatten zu gleichen Teilen an, ZBGR 11, 171 = SJZ 15, 10.

Zur Diskussion Anlass gab im besonderen die grundbuchliche Behandlung von Grundstücken von Ehegatten, die in der Gütergemeinschaft des Code civil gelebt hatten. Sie wurden teils zu Alleineigentum des Ehemannes (so die Praxis in Neuenburg und im Berner Jura), teils zu Miteigentum der Ehegatten (so in Genf), teils zu Gesamteigentum eingetragen. Richtig erscheint allein die Eintragung zu Gesamteigentum, wobei sich die Zuständigkeit zu Verfügungen über das Gesamtgut unter Vorbehalt von Art. 202 Abs. 2 nach dem bisherigen Gütergemeinschaftsrecht richtet. Vgl. hiezu Mouttet, Immeubles de communauté française et registre foncier suisse, ZBJV 59, 575 ff., insb. 584, 587, und bern. Just. Dir., ZBGR 12, 186 über die Behandlung der Gütergemeinschaft des Berner Jura. Vgl. ferner die analoge Behandlung altrechtlichen Gesamteigentums bei Inkrafttreten des BGB; G. Güthe, Die Grundbuchordnung, Berlin 1911, S. 737 (zit. bei Mouttet, 588).

2) Vgl. z.B. Egger, Art. 225 N. 1, Gmür Art. 225 N. 4, Bosshardt 45 ff. Droin 698 nimmt bei Uebergang von Gütergemeinschaft zu Güterverbindung generell Nichtrückwirkung an, Bosshardt 46 allgemein Rückwirkung (unter Vorbehalt anderer Vereinbarung der Parteien und im Gegensatz zu S. 68, wo er sich für güterstandsgemässe Liquidation der Gütergemeinschaft, also Nichtrückwirkung ausspricht). Wie Bosshardt M. Eulau 215, da dies der Lösung beim Uebergang zu Gütertrennung entspreche. Von keinem dieser Autoren wird jedoch der Güterstandswechsel auf Grund von Art. 250 speziell berührt.

stereintrags zumeist aus Nichtwissen oder Nachlässigkeit unterbleiben wird, und die Ehegatten deshalb auch nicht an eine Liquidation des bisherigen Güterstandes denken werden.

Für Rückwirkung spricht die Analogie zu Art. 19/20 NAG¹⁾, sowie die Analogie zu Art. 189, indem es sich hier wie dort um einen gesetzlichen (bezw. richterlichen) Güterstandswechsel handelt²⁾. Für Nichtrückwirkung spricht dagegen die Analogie zum intertemporalen Recht, wo wir es ebenfalls mit einem gesetzlichen Uebergang zu Güterverbindung zu tun hatten, sofern nicht ein altrechtlicher Ehevertrag oder eine Beibehaltungserklärung zur Eintragung im Register angemeldet wurde, und ferner der Umstand, dass die Liquidation des aufgehobenen Güterstandes nach dessen Liquidationsregeln, güterstandsgemäss erfolgen könnte. Logisch-konstruktiv lassen sich beide Lösungen begründen. Entscheidend kann daher nur sein, welche Regelung zum klareren, einfacheren Ergebnis führt.

Nach dem Grundsatz der Rückwirkung würde das eheliche Vermögen entsprechend der Regel des Art. 189 in die ursprünglichen Eigengüter der Ehegatten aufgelöst und die so ausgeschiedenen Vermögen dem Recht der Güterverbindung unterstellt. Bei Gütereinheit würden die noch in natura vorhandenen Frauengutswerte aus dem Mannesvermögen ausscheiden und ins Eigentum der Ehefrau zurückfallen³⁾, soweit sie nicht auf Grund von Art. 201 Abs. 3 beim Manne verbleiben. Gesamtgut würde mit sofortiger Wirkung beseitigt, indem die ursprünglichen Einbringungen, Surrogate und Ersatzanschaffungen an die Ehegatten zurückgehen, die Errungenschaft sowie diejenigen Objekte, deren Zugehörigkeit zum Eigengut der Ehefrau nicht mehr nachgewiesen werden kann, ins Eigentum des Mannes fallen, Art. 195 Abs. 2 und 3⁴⁾. Eine Ehesteuern ginge ohne weiteres im eingebrachten Frauengut auf. Soweit bei dieser Auseinandersetzung Ersatzforderungen bestehen bleiben, entsprechen sie den Ersatzforderungen nach Güterverbindungsrecht, sodass bei einer späteren Auflösung der Güterverbindung die Auseinandersetzung nach einheitlichem Gesichtspunkt erfolgen könnte. Es scheint somit, dass die Rückwirkung eine durchgreifende, lückenlose Anpassung der bisherigen güterrechtlichen Verhältnisse an das neue Güterrecht mit sich bringen würde, womit gerade dem Umstand, dass die Ehegatten in den mei-

1) Um eine direkte Anwendung von Art. 20 NAG könnte es sich nicht mehr handeln, da Art. 20 nur noch soweit Geltung besitzt, als kantonal verschiedenes Recht besteht, Art. 59 Abs. 1 SchlT.

2) M. Eulau 215.

3) Kappeler 76.

4) Kappeler 76 bezügl. Errungenschaft. - Die Bedenken von Weiss 71, dass dadurch zahlreiche Fäden, die das Vermögen unter sich verbinden, zerrissen und verwirrt würden, sind in diesem speziellen Fall kaum begründet. Was unter Gütertrennung mit Ehesteuern und bei allgemeiner oder beschränkter Gütergemeinschaft zum Gesamtgut gehört, gehört unter Güterverbindung wiederum zum ehelichen Vermögen, Art. 194, sodass die einheitliche Verwaltung erhalten bleibt und auch die Verfügungsberechtigung dieselbe ist, Art. 202, 217.

sten Fällen eine rechtsgeschäftliche Auseinandersetzung nicht vornehmen werden, Rechnung getragen würde.

Diese Lösung ist jedoch nur scheinbar einfach. Sie betrifft ausschliesslich das Aussenverhältnis, da die Unterlassung der Eintragung nur den externen Güterstand berührt. Dadurch werden internes und externes Vermögensrecht auseinandergerissen. Das Vermögen erleidet in den Beziehungen zu Dritten weitgehende Aenderungen, deren sich die Ehegatten wohl in den meisten Fällen gar nicht bewusst sein werden, weshalb auch meistens eine Anpassung der Gewahrsams- und Grundbuchverhältnisse unterbleiben wird, umso mehr, als die Ehegatten intern weiterhin unter dem bisherigen Güterstand leben. Als Gesamteigentum eingetragene Grundstücke werden daher weiterhin als Gesamteigentum, nach Gütereinheit ins Manneseigentum gelangte als Alleineigentum des Mannes eingetragen bleiben, bei Uebergang von Gütertrennung bezw. Aufhebung von Sondergut vertretbare Wertpapiere nicht individualisiert werden (Art. 201 Abs. 3). Solange die Ausscheidung nicht auch tatsächlich erfolgt, bleibt für den Verkehr - und meistens wohl auch für die Ehegatten selbst - ungewiss, welche Objekte bei der Aufhebung externer Gütergemeinschaft oder Gütereinheit¹⁾ unter Berücksichtigung der Regeln über die dingliche Surrogation und die Ersatzanschaffungen an die Ehefrau zurückfallen, und welche als Eigengut oder als Errungenschaft im Eigentum des Mannes verbleiben. Je vielfältiger ein Vermögen nach Zusammensetzung, Herkunft und Erwerbsgrund ist und je länger die Ehe gedauert hat, desto unklarer wird für alle Beteiligten die Rechtslage. Nach früher Gesagtem sind zwar gutgläubige Dritte im Erwerb vom Manne oder mit dessen Zustimmung von der Frau gemäss Art. 202 durchwegs geschützt, und es können die Gläubiger ihre vor der Güterstandsänderung erworbenen Rechte ungehindert weiterverfolgen, Art. 188. Dagegen ist für neue Gläubiger die Vermögenslage völlig ungewiss. Für die Ehegatten selbst besteht die Gefahr; dass auf Grund des dem alten Güterstand entsprechenden Rechtscheins in einer das neue Recht verletzenden Weise extern gültig verfügt wird, oder Gläubiger in der Zwangsvollstreckung auf Vermögensobjekte greifen können, die ihnen nach bisherigem Recht entzogen gewesen wären. Eine solche Rechtslage, wie sie als Folge der Rückwirkung des Güterstandswechsels eintreten könnte, muss als unerwünscht bezeichnet werden. Der Zusammenhang mit den Anschauungen der Beteiligten und den tatsächlichen Verhältnissen (Besitz und Grundbuch) darf nicht ohne Notwendigkeit zugunsten eines abstrakten Prinzips verloren gehen; es müsste denn zum mindesten Vorsorge für die Anpassung der tatsächlichen Verhältnisse an die veränderte Rechtslage getroffen werden, was jedoch nach dem Gesetz nicht der Fall ist²⁾. Zwar differenziert nun einmal das Gesetz zwischen dem ex-

1) Z.B. bei Wegzug altbernischer Ehegatten aus dem Kanton Bern.

2) Die Aufhebung einer Eintragung im Güterrechtsregister soll zwar nach Art. 27 GRVO wie eine Neueintragung behandelt werden, woraus auf die Verpflichtung des Registerführers zur Benachrichtigung des Grundbuchamtes geschlossen werden muss, sobald die Aufhebung

ternen und internen Verhältnis und lässt ein Auseinanderfallen zu. Diese Differenzierung soll jedoch nicht weitergehen, als es die Gründe für eine verschiedene Behandlung des Innen- und Aussenverhältnisses, Gründe der Rechtssicherheit im rechtsgeschäftlichen Verkehr, es verlangen. Der Verkehr aber benötigt Klarheit über die Eigentumsverhältnisse als Kreditbasis und Anhaltspunkt über die Dispositionsberechtigung. Kreditfähigkeit und Verfügungsrecht beurteilen sich weitgehend nach dem Rechtsschein, wie er durch Besitz und Grundbuch vermittelt wird. Eine Rechtsänderung, die nicht darin zum Ausdruck kommt, ist nicht erwünscht, auch wenn eine unmittelbare Gefährdung durch den Schutz des guten Glaubens und der Gläubigerrechte (Art. 188) vermieden wird.

Mit den Bedürfnissen des Verkehrs kann somit die Rückwirkung nicht begründet werden. Sie kann es aber auch nicht vom Standpunkt der Ehegatten aus, die ja intern weiterhin unter dem Güterstand des Ehevertrages oder dem ausserordentlichen Güterstand leben, nach welchem sich auch die Auseinandersetzung im Todesfalle vollzieht. Es dient dem Schutz dieser internen Rechtsbeziehungen, die zudem durch Neueintragung jederzeit auch extern wieder zur Geltung gebracht werden können, wenn die externen Verhältnisse in möglichster Uebereinstimmung damit belassen werden. Schliesslich würde es sich um die Aufhebung von Rechtswirkungen handeln, die unter dem bisherigen Recht gültig begründet worden sind. Ein solcher Eingriff in rechtmässig begründete Verhältnisse muss mit gewichtigen Gründen motiviert werden können¹⁾, was hier, wie gesehen, nicht der Fall ist. Sie müsste deshalb vom Gesetz wohl auch ausdrücklich vorgesehen werden, was für Art. 154, 189 ZGB, Art. 19/20 NAG zutrifft, nicht aber im Zusammenhang mit Art. 250.

Wirkt der Eintritt der Güterverbindung nicht zurück, so bleiben die bisherigen Eigentumsverhältnisse unter Vorbehalt von Art. 201 Abs. 3 unverändert. Die Uebereinstimmung mit der internen Eigentumsordnung und den bisherigen Besitz- und Grundbuchverhältnissen bleibt gewahrt. Das gilt insbesondere für das Gesamtgut aus allgemeiner oder beschränkter Gütergemeinschaft. Es scheint zwar zunächst fraglich, ob ein solcher Fortbestand möglich ist, nachdem die Rechtsgrundlage, das persönliche Gemeinschaftsverhältnis, mindestens extern weggefallen ist, Art. 654 Abs. 1, und ob es angesichts der Vorschrift des Art. 248 Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann. Das Gesamteigentum erlischt jedoch auch nach allgemeinem Vermögensrecht nicht eo ipso mit Wegfall des Grundverhältnisses,

einen Wechsel im Grundeigentum zur Folge haben kann. Auf diesem Wege könnte eine rasche Berichtigung des Grundbuches auch nur erreicht werden, wenn die Güterrechtsregistereintragungen in kurzen Perioden auf ihre Wirksamkeit hin überprüft würden. - Für den nach Güterrecht Berechtigten besteht bei aussergrundbuchlichem Erwerb keine Pflicht zur Eintragung, solange er nicht verfügen will.

1) Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1. Aufl., 86, 89. "Es ist eine Frage sachlicher Abwägung, nicht begrifflicher Folgerung."

soweit nicht nach dem die Gemeinschaft beherrschenden Recht eine Anwachsung stattfindet. Vielmehr tritt ein Liquidationsstadium ein, das von Gesetzes wegen nicht befristet ist¹⁾. Für den Verkehr entstehen aus dem Fortbestand eines Gesamtgutskomplexes keine nennenswerten Schwierigkeiten. Bei Fahrnis schützen hinlänglich Art. 202 Abs. 2 und 217 Abs. 2. Bösgläubigen gegenüber kann sich die Ehefrau auf ihr Gesamteigentumsrecht berufen; denn da die Liquidationsgemeinschaft im externen Verhältnis besteht, liegt keine unzulässige Berufung auf rein interne Verhältnisse vor. Bei Grundeigentum ist die Gesamtgutseigenschaft durch das Grundbuch verlautbart. Ist eine zum Gesamtgut gehörige Liegenschaft versehentlich nur auf den Namen des Ehemannes eingetragen, so ist bei einseitiger Verfügung des Ehemannes der gutgläubige Erwerber nach früher Gesagtem in jedem Fall geschützt. Bei Verfügungen der Ehefrau ist auch nach Güterverbindungsrecht die Zustimmung des Ehemannes in jedem Fall erforderlich. Gläubigern, die ihre Forderungsrechte vor dem Wohnsitzwechsel erworben haben, haftet das Gesamtgut weiterhin nach Gütergemeinschaftsrecht, wogegen spätern Gläubigern nur noch der Anteil ihres Schuldners am Gemeinschaftsvermögen gemäss Ehevertrag haftbar ist²⁾; denn nach dem Güterstandswechsel richtet sich für neue Gläubiger die Haftung ausnahmslos nach Güterverbindungsrecht³⁾.

Das Gesamtgut in Liquidation bildet ein Sondervermögen, das sich in gewissem Umfang weiter entwickeln kann⁴⁾. Zu seiner Aufhebung bedarf es der rechtsgeschäftlichen Auseinandersetzung in den Formen des Sachen- und Obligationenrechts, wozu die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde und zur Wirksamkeit gegenüber Dritten die Eintragung im Güterrechtsregister erforderlich ist, Art. 177 Abs. 2, Art. 248. Dabei steht es den Ehegatten frei, die Auseinandersetzung nach dem Grundsatz der Rückwirkung

1) Haab, Art. 652-54 N. 41, Leemann, SJZ 13, 104, Komm. Art. 654 N. 5, Ostertag, Exkurs N. 36, Homberger, Art. 965 N. 61, Weiss S. 70/71, Guhl, ZBJV 53, 63, Deschenaux 348, Kappeler 78. So auch die Just. Dir. Basel-Land in der Weisung an die Grundbuchämter betr. die grundbuchliche Behandlung des Mit-, Gesamt- u. Stockwerkseigentums, vom 1. Aug. 1938, ZBGR 22, 166, und BR in Entscheid vom 19. Dez. 1919, SJZ 16, 228. Für das deutsche Recht BGB §§ 1471 ff., insb. § 1471 Abs. 2 in Verbindung mit § 1470 Abs. 1.

2) Vgl. ZBJV 72, 394, wo richtigerweise ein Gesamtgutsanteil gepfändet wurde, allerdings mit einer kaum zutreffenden Begründung, indem auf die intern fortbestehende Gütergemeinschaft abgestellt wurde, S. 396. - Es zeigt sich gerade hier, dass einem Ehevertrag über die Gesamtgutsteilung nicht nur interne Bedeutung zukommen kann, weshalb die Eintragung solcher Verträge nicht nur fakultativ zugelassen, sondern obligatorisch verlangt werden muss, sollen sie Dritten entgegengehalten werden können. Vgl. S. 17 u. 18.

3) Eine Neubegründung von Gesamtgutsschulden ist ausgeschlossen, Deschenaux 348, es wäre denn durch speziellen, nicht güterrechtlichen Haftungsvertrag.

4) Erwerb aus Mitteln des Gesamtgutes wird, sofern von den Ehegatten nichts anderes gewollt ist, wieder Gesamtgut; Surrogationsprinzip, Weiss 71, Egger, Art. 225 N. 5. Dagegen fallen dessen Früchte und Erträge wie die Einkünfte des ehelichen Vermögens bei Güterverbindung ins Alleineigentum des Mannes. Auch Ersatzanschaffungen für abgehende Gesamtgutswerte bleiben Eigentum desjenigen Ehegatten, aus dessen Vermögen die Mittel stammen, sofern von den Ehegatten nicht etwas anderes gewollt ist.

auf den Beginn der Ehe oder einen beliebigen andern Zeitpunkt vorzunehmen. Doch kommt einer solchen Vereinbarung niemals unmittelbar dingliche Wirkung zu, da die Folgen des Güterstandswechsels ausschliesslich vom Gesetz bestimmt werden und der Parteidisposition entzogen sind¹⁾.

7. Güterstandsänderung durch Ehevertrag. Hier ist zunächst zu unterscheiden zwischen Eheverträgen, die die grundlegende Ordnung der vermögensrechtlichen Beziehungen als solche berühren und solchen, die lediglich eine Vermögensverschiebung zwischen den auf Grund des geltenden Güterstandes bestehenden Gütermassen bezwecken (Bestellung von Sondergut aus ehelichem Vermögen, Uebertragung und Rückübertragung von Frauengut ins Manneseigentum, Art. 199, Aussonderung von Vermögen aus dem Gesamtgut und Uebertragung ins Einhandsgut eines Ehegatten, Art. 237 Abs. 1, oder Erweiterung des Gesamtgutes durch Aufgabe von Sondergut oder anderem Einhandsvermögen der Ehegatten). Hier kann schon begrifflich nicht von einer Rückwirkung gesprochen werden. Wo dagegen die bisherige Vermögensordnung und die damit gegebenen Zuteilungsregeln aufgehoben und durch eine andere Ordnung ersetzt werden sollen, stellt sich die Frage, wie weit die unter der Herrschaft des bisherigen Güterstandes entstandenen Eigentumsverhältnisse davon betroffen werden, ob sie mit dieser Ordnung wegfallen oder aber bestehen bleiben und tel quel in die neue Güterordnung übergeführt werden sollen und können.

Die Literatur steht durchwegs auf dem Standpunkt der "dinglichen Wirkung" des Ehevertrages, in dem Sinne, dass er mit seiner Wirksamkeit die dem angenommenen Güterstand entsprechenden Eigentumsänderungen herbeiführt, ohne dass es der rechtsgeschäftlichen Rechtsübertragung (Tradition, Grundbucheintragung, Zession, Indossament) bedarf²⁾. Den Grundbucheintragungen (Art. 665 Abs. 3 ZGB, Art. 26 GRVO) kommt rein deklaratorische Bedeutung zu; der Rechtserwerb durch den einen oder andern Ehegatten oder die gesamte Hand erfolgt aussergrundbuchlich³⁾. Dabei ist die Auffassung vorherrschend, dass es den Ehegatten freistehe, dem Ehevertrag rückwirkende oder nicht rückwirkende Kraft beizulegen, sodass sich die dinglichen Wirkungen der Güterstandsänderung nach dem Vertrag rich-

1) Vgl. Mutzner, ZSR 34, 289 (zum intertemporalen Rechtswechsel): "Die Ehegatten sind nicht befugt, die gesetzlichen Wirkungen dieses Güterstandes (der Güterverbindung) durch eine Verklausulierung ihrer Erklärung (Art. 9 Abs. 3 SchlT) abzuändern". Dagegen ist es kaum zutreffend, wenn er in N. 151 zu Art. 9 SchlT für eine Auseinandersetzung nach dem Prinzip der Rückwirkung einen formellen Ehevertrag für erforderlich hält. Es handelt sich um eine blosse Modalität der Auseinandersetzung, nicht um Begründung oder Modifizierung bestehender güterrechtlicher Beziehungen. Anders nur, wenn im voraus im Gütergemeinschaftsvertrag die Teilung abweichend vom Gesetz geregelt wird. Vgl. im übrigen zur Form der Auseinandersetzungsgeschäfte S. 165.

2) Egger, Art. 179 N. 15, Gmür, Art. 179 N. 39-41, Droin 356, Weiss 34 ff. Kritisch M. Eulau 120-123. Vgl. S. 154 Anm. 2.

3) Vgl. S. 24 und dort in Anm. 1 zit. Literatur.

ten¹⁾. Unklar bleibt dann vielfach, was gelten soll, wenn sich die Ehegatten darüber nicht geäußert haben, und auch der gesamte Inhalt des Vertrages keine Anhaltspunkte liefert. Egger lässt diese Frage gänzlich offen²⁾, während Gmür subsidiär Art. 189 angewendet wissen will³⁾. Daneben werden im einzelnen folgende Lösungen vorgeschlagen:

Uebergang zu Gütertrennung: Wirkung ex tunc. Es überwiegt in Literatur und Praxis die Auffassung, dass sich Art. 189 nicht nur auf die gesetzliche, sondern auch die vertragliche Gütertrennung beziehe⁴⁾.

Uebergang Güterverbindung - Gütergemeinschaft: Wirkung ex nunc, wobei eine Auseinandersetzung nicht erforderlich ist⁵⁾.

Uebergang Gütertrennung - Güterverbindung: Wirkung ex tunc, unter Rückbeziehung der Wirkungen der Güterverbindung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Gütertrennung⁶⁾.

Uebergang Gütergemeinschaft - Güterverbindung: Wirkung ex nunc mit Liquidation der Gütergemeinschaft nach den Regeln der Art. 225 ff.⁷⁾

Diese - nicht vollständige - Uebersicht zeigt zur Genüge die in dieser Hinsicht bestehende Unklarheit. Es fehlt diesen Betrachtungen die Erkenntnis eines leitenden Prinzips, und wo auf die Vertragsfreiheit verwiesen wird, wird die Bedeutung der "dinglichen Wirkung" des Ehevertrages und der Pri-

1) So Egger, Art. 189 N. 1, 4, Bosshardt 45, Kappeler 75 ff., M. Eulau 213, 215, offenbar auch Gmür, Art. 189 N. 18 ff., N. 11c, Art. 225 N. 3, Mutzner, Art. 9 SchlT N. 80, 81.

2) Siehe Art. 189 N. 1, 2, Art. 212 N. 1. Unklar Art. 225 N. 1, wonach Art. 225 nur im Falle des Todes eines Ehegatten anwendbar sei, sodass in allen andern Liquidationsfällen die Auseinandersetzung nicht güterstandsgemäss erfolgen würde.

3) Art. 225 N. 3, Im gleichen Sinne Mutzner, Art. 9 SchlT N. 81, E. Wyss, Die Rechtsstellung albernischer Ehegatten, S. 133/134.

4) Gmür, Art. 189 N. 1, 2, Droin 355, 603, 697, Kappeler 8, 18, M. Eulau 197, 204 ff., Vogel, ZBJV 50, 124, E. Wyss, a.a.O. 133, Mutzner, Art. 9 SchlT. N. 81, Büchler 303, Tabin 94; BGE 57 II 42 (ohne Begründung), Bern. App. Hof, ZBJV 62, 553.

Speziell bei Uebergang von der Gütergemeinschaft her Göschke, SJZ 34, 279, Cuttat 100/102, M. Eulau 204/205 (widerspruchsvoll), Kappeler 62 ff.; a.A. Egger, Art. 189 N. 1 und 2.

5) M. Eulau 211, Kappeler 84, Bosshardt 47.

6) Mutzner, Art. 9 SchlT N. 81, Bosshardt 46, 47, M. Eulau 213 (im Widerspruch zu seiner Feststellung auf S. 226, wonach der Uebergang von der Gütertrennung her in jedem Fall ex nunc erfolge und nur dort ausnahmsweise ex tunc, wo der frühere Güterstand nicht liquidiert worden sei), Kappeler 73/74.

7) Droin 698, Bosshardt 68 (im Widerspruch zu S. 46, wo er Wirkung ex tunc annimmt, falls im Güterrechtsregister nichts anderes eingetragen sei. Zur Unmöglichkeit der Eintragung einer solchen Klausel vgl. S. 19 und VEB 6 Nr. 56). Für Rückwirkung Kappeler 76, M. Eulau 215 (anders 218). - Bei Uebergang von Gütereinheit zu Güterverbindung nimmt Kappeler 76 Rückwirkung mit automatischem Rückfall des gesamten an den Ehemann gelangten Frauengutes ins Eigentum der Frau an.

vatautonomie im Bereich des ehelichen Güterrechts verkannt.

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal das Charakteristische des ehelichen Güterrechts. Das gesamte von den Ehegatten eingebrachte und ihnen während der Dauer der Ehe anfallende Vermögen wird in verschiedene Güter gegliedert, die je nach den Funktionen, die ihnen das Gesetz im ehelichen Haushalt zuweist, eine verschiedene rechtliche Behandlung in Bezug auf Eigentum, Verwaltung, Nutzung, Verfügung und Haftung für die Verbindlichkeiten der Ehegatten erfahren. Diese Güterordnung ist im Interesse des Rechtsverkehrs der Disposition der Ehegatten weitgehend entzogen. Die Privatautonomie kann sich zur Hauptsache nur nach zwei Richtungen auswirken:

1. Das Gesetz statuiert nicht eine einheitliche gesetzliche Güterordnung, sondern stellt den Ehegatten verschiedene Güterstände wahlweise zur Verfügung: Güterverbindung, allgemeine und beschränkte Gütergemeinschaft (beschränkte Gütergemeinschaft mit Gütertrennung oder Güterverbindung), Gütereinheit, Gütertrennung mit oder ohne Ehesteuer. Diese Systeme sind in ihrem grundlegenden Aufbau vom Gesetz selbst zwingend geordnet. Die Vertragsfreiheit kann sich nur dahin auswirken, dass die Ehegatten ihren vermögensrechtlichen Beziehungen das eine oder andere System zugrunde legen. Die Brautleute oder Ehegatten haben für ihren Vertrag einen der Güterstände anzunehmen, die im Gesetz vorgesehen sind, Art. 179 Abs. 2. Irgendwelche im Gesetz nicht vorgesehene Kombinationen sind ausgeschlossen¹⁾.

2. Innerhalb jedes Güterstandes bestimmt das Gesetz die Art und Weise der Bildung, Dotierung der verschiedenen ehelichen Güter: des Sonderguts (Art. 191, 190), des ehelichen Vermögens bei Güterverbindung (Art. 195, 201 Abs. 3) und bei Gütergemeinschaft (Art. 215 Abs. 1, 237 Abs. 1, 239 Abs. 1 und 2), des Einheitsgutes (Art. 199) sowie der Ehesteuer (Art. 247). Nach diesen Normen wird nicht nur das im Zeitpunkt der Bildung des Güterstandes vorhandene, sondern auch das später anfallende Vermögen dem einen oder andern Güterkomplex zugewiesen. Diese Regelung ist wiederum keine starre²⁾, so, dass dadurch die einzelnen Vermögensobjekte ein für allemal eingeordnet, die einzelnen Güter unveränderlich festgelegt würden. Vielmehr wird den Ehegatten die Befugnis eingeräumt, einzelne Vermögensobjekte oder Kategorien von solchen von einem Gut in ein anderes zu übertragen, oder bei Rechtsgeschäften zwischen Ehegatten (Art. 177) einen Vermögenswert von vornherein einem andern Güterkomplex zuzuweisen, als demjenigen, in welchen er ohne speziellen Vertrag gelangen würde³⁾. So

1) Egger, Art. 179 N. 11.

2) Baligand 58 ff.

3) Beispiel: Eine Schenkung des Mannes an die Frau fällt bei Güterverbindung in ihr eingebrachtes Gut, bei Gütergemeinschaft (bei Schenkung aus dem Sondergut des Mannes) ins Gesamtgut. Durch gleichzeitigen Ehevertrag kann das Schenkungsobjekt von vornherein dem Sondergut der Ehefrau zugeführt werden. BGE 47 II 117/118. Darin liegt die von O. Müller 88 vermisste güterrechtliche Bedeutung des Ehevertrages bei Schenkungen zwischen Ehegatten.

kann das Sondergut auf Kosten des ehelichen Vermögens erweitert (Art. 190 Abs. 1), das Gesamtgut erweitert oder beschränkt (Art. 237 Abs. 1, 190 Abs. 1), der Umfang der Gütereinheit (Art. 199, ferner Art. 201 Abs. 3 mit Bezug auf vertretbare Wertpapiere) und der Ehesteuer (Art. 247) bestimmt und nach Bedürfnis geändert werden.

In diesen beiden Funktionen: Wahl der grundlegenden generellen Güterordnung und Einzelverfügungen hinsichtlich der Zugehörigkeit einzelner Vermögensobjekte oder Vermögenskategorien zu einem Güterkomplex liegt das Wesentliche des Ehevertrages¹⁾. Entscheidend ist dabei, dass mit der Wahl des Güterrechtssystems oder mit der Zuweisung einer Sache oder einer Vermögenskategorie zu einer bestimmten Vermögensmasse das Gesamtvermögen oder die betreffende Einzelsache oder Vermögenskategorie sofort den Regeln dieses Güterstandes oder des Güterkomplexes unterworfen wird²⁾. Soweit dabei Eigentumsänderungen eintreten, sind sie die unmittelbare gesetzliche Folge dieser Unterwerfung unter den im Vertrag gewählten Güterstand bezw. der Zuweisung zu einem bestimmten Sondervermögen³⁾. Durch den

1) "Gegenüber Dritten beschränkt sich also die Bedeutung der Ehevertrages im wesentlichen auf die Annahme eines andern Güterstandes und auf Verschiebungen zwischen den einzelnen Vermögensmassen innerhalb desselben Güterstandes ... "Baligand 51.

Nach diesen beiden Funktionen lassen sich die Eheverträge in generelle und spezielle gliedern; M. Eulau 116 ff. Die Grenze ist allerdings fließend, weil der Begriff des Güterstandes im Gesetz kein fest umrissener ist. So kann eine Beschränkung des Gesamtgutes durch Bestellung vertraglichen Sondergutes als blosse Vermögensverschiebung (vom Gesamtgut zum Sondergut) oder als Güterstandswechsel (Uebergang zu beschränkter Gütergemeinschaft mit Gütertrennung, Art. 237) qualifiziert werden. Ferner kann ein Ehevertrag sowohl genereller als auch zugleich spezieller Natur sein, wenn die Ehegatten zu einem andern Güterstand übergehen, zugleich aber dessen subsidiäre Ordnung mit Bezug auf einzelne Objekte ändern. Von praktischer Bedeutung ist, wie schon früher festgestellt, der Begriff des Güterstandes und die Unterscheidung zwischen generellem und speziellem Ehevertrag nicht.

Weiterer Gegenstand des Ehevertrages ist daneben die Vor- und Rückschlagsregelung, Art. 214 Abs. 3, 240 Abs. 3, die Gesamtgutsteilung, Art. 226, und die interne Lastentragung. Vgl. zu letzterem O. Müller 85 ff.; vgl. ferner Baligand 43 ff.

2) Weiss 37. Im deutschen Recht verlangt die herrschende Ansicht für die Zuweisung von Einzelobjekten auch eine sachenrechtliche Uebertragung.

3) Egger, 1. Aufl., Art. 179 Anm. 4d: "Diese dingliche Wirkung beruht auf den ehегüterrechtlichen Bestimmungen und findet in diesen ihre Grenze. Dingliche Wirkungen, die über die Grundsätze des ehelichen Güterrechts hinausgehen, treten nur ein nach den allgemeinen Grundsätzen und können nicht schon durch den Ehevertrag selbst herbeigeführt werden".

Ferner Baligand 21: "§ 1432 (BGB) stellt nur das Prinzip der Vertragsfreiheit, die grundsätzlich dispositive Natur der vom Gesetz gegebenen Güterrechtsnormen auf; über die Tragweite dieses Prinzips, über den positiv zulässigen Inhalt enthält er nichts. Hier müssen allgemeine Rechtsgrundsätze, die Eigenheiten des ehelichen Güterrechts und die Sondernatur des Ehevertrages entscheiden. Ein allgemeiner Grundsatz unseres Rechts nun, der auch für das Güterrecht gelten muss, ist der, dass die absoluten Rechtsformen sowie die besonderen Arten des Rechtserwerbs im Gesetz erschöpfend aufgezählt sind. Daher darf weiter auch aus dem Umstand, dass in gewissen Fällen auf Grund des Ehevertrages ein Rechtsübergang ohne den

Ehevertrag werden keine dinglichen Rechte übertragen; soweit Rechtsänderungen eintreten, handelt es sich um einen gesetzlichen Rechtsübergang¹⁾. Dem Ehevertrag ist daher eine eigene dingliche Wirkung abzuspreehen²⁾³⁾.

Bestimmt somit ausschliesslich das Gesetz die dinglichen Wirkungen des Güterstandes, so kann dies in der Frage, wie weit bei einer Güterstandsänderung die nach dem bisherigen Güterrecht geschaffenen Rechtsverhältnisse anerkannt und übernommen oder rückwirkend beseitigt werden, nicht anders sein. Hätte das Gesetz in dieser Hinsicht der Vertragsfreiheit Raum geben wollen - was dem vorwiegend zwingenden Charakter des Ehegüterrechts und der Zurückhaltung des Gesetzgebers gegenüber der Vertragsfreiheit, wie sie in Art. 179 zum Ausdruck kommt, völlig widersprechen würde - so hätte

sonst erforderlichen Rechtsübertragungsakt eintritt, nicht geschlossen werden, dass der Ehevertrag diese Wirkung auch in Fällen, für die es das Gesetz nicht vorsieht, zu äussern vermöchte. " Vgl. auch M. Eulau 123.

1) Oftinger, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, 1933: "Das objektive Recht regelt zwingend die Erfordernisse des Uebergangs von Eigentum, d.h. bestimmt deren Voraussetzungen (S. 11) ... Das Eigentum geht nur über, wenn ... die güterrechtlichen Voraussetzungen vorliegen, was eine objektive Tatsache ist, an die das Recht seine Folgen knüpft" S. 14.

2) Es spricht daher auch Art. 665 Abs. 3 von den Aenderungen am Grundeigentum, "die nach ehelichem Güterrecht eintreten" und nicht etwa kraft Ehevertrages.

Für Ablehnung der "dinglichen Wirkung" des Ehevertrages vor allem M. Eulau 123. Wenn diese Ausdrucksweise gleichwohl gelegentlich in dieser Arbeit verwendet wird, so soll damit lediglich der Sachverhalt gekennzeichnet werden, dass der Ehevertrag die dem in Frage stehenden Güterstand oder Güterkomplex entsprechenden Rechtsverhältnisse herbeiführt, ohne dass ein weiteres Handeln der Ehegatten und eine sachen- oder obligationenrechtliche Uebertragung erforderlich ist.

3) Ob die Ehegatten die dinglichen Wirkungen der Güterstandsänderung vorausgesehen und gewollt, oder ob sie sie ignoriert oder einfach in Kauf genommen haben, ist beim generellen Ehevertrag irrelevant. Dagegen kommt beim speziellen Ehevertrag dem Willen der Ehegatten massgebliche Bedeutung zur Abgrenzung gegenüber den allgemein vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften unter Ehegatten zu. Weiss 36. Nur dann liegt ein Ehevertrag mit unmittelbar dinglicher Wirkung vor, wenn die Ehegatten mit Bezug auf das Objekt des Vertrages eine blosse Verschiebung zwischen zwei Gütermassen im Auge haben, weil sie für dasselbe die diesen Gütermassen entsprechenden Rechtswirkungen hinsichtlich Dispositionsgewalt, Verwaltungs- und Nutzungsbefugnis, Haftbarkeit ausschliessen oder herbeiführen wollen, und sich der Zweck des Vertrages darin erschöpft. Ist ein Mehreres damit gewollt: eine Begünstigung des andern Ehegatten (über die gesetzliche ehemännliche Nutzung hinaus, mit der Substanz), Tilgung einer Schuld, Leistung oder Gegenleistung, so vermag der Ehevertrag diese Wirkungen nicht herbeizuführen und ist eine Uebertragung in den Formen des Sachen- und Obligationenrechts erforderlich. Dementsprechend folgt beim Ehevertrag die Eintragung im Grundbuch, da rein deklaratorisch, der Güterrechtsregistereintragung und Publikation nach, Art. 26 Abs. 1 GRVO, während beim Rechtsgeschäft zwischen Ehegatten im Sinne von Art. 177 Abs. 2 der Publikation die sachenrechtliche Uebertragung, bei Liegenschaften der Grundbucheintrag, voranzugehen hat, weil ohne dieselbe der publizierte Registereintrag gegenstandslos wäre, Art. 26 Abs. 3 GRVO. - Auf der Verkenennung der dinglichen Wirkung des Ehevertrages beruht die u.E. verfehlt Auffassung, dass Schenkungen als Güterstandsänderungen (Zwischenliquidationen, Bosshardt S. 40) zu betrachten seien. Bosshardt 38 ff., Kappeler 5/6.

dies zweifellos ausdrücklich gesagt sein müssen¹⁾. Die Auffassung, dass die Ehegatten ihrem Ehevertrag nach freiem Belieben rückwirkende oder nicht-rückwirkende Kraft mit unmittelbar dinglicher Wirkung beilegen können²⁾, ist mit dem positiven Recht nicht vereinbar.

Damit erhebt sich die Frage nach dem dem Gesetz zugrunde liegenden Uebergangsprinzip. Enthält Art. 189 den allgemeinen Grundsatz (der Rückwirkung), bzw. stellt Art. 189 einen Anwendungsfall des allgemeinen Prinzips oder eine davon abweichende Ausnahmebestimmung für den speziellen Fall der Gütertrennung dar?

Art. 189 steht unter dem allgemeinen Marginale "Wechsel des Güterstandes". Sein Inhalt ist jedoch enger, indem er sich dem Wortlaut nach nur auf die Gütertrennung bezieht. Dabei wird nicht nach dem Grund der Trennung unterschieden, sodass bei wörtlicher Interpretation auch die ehevertragliche von Art. 189 erfasst wird³⁾. Andererseits folgen die Bestimmungen über den Wechsel des Güterstandes unmittelbar auf diejenigen über den ausserordentlichen Güterstand, der ja auch eine ausdrückliche Regelung der Folgen besonders nahelegt. Aus den Erläuterungen ergibt sich denn in der Tat ganz deutlich, dass mit Art. 189 keine umfassende grundsätzliche Regelung gegeben, sondern lediglich eine für die Praxis besonders wichtige Frage geordnet werden wollte⁴⁾. Auch aus den Beratungen der Expertenkommission und des Parlaments geht keine andere Absicht hervor. Somit zwingen weder der Wortlaut und systematische Zusammenhang noch die Materialien dazu, Art. 189 als allgemeine Norm für den ehevertraglichen Güterstandswechsel zu betrachten. Es besteht eine Gesetzeslücke, die nach der Regel des Art. 1 Abs. 2 ZGB ergänzt werden muss.

Die gleichen Gründe, die beim Güterstandswechsel zufolge Wohnsitzwechsels für die Nichtrückwirkung sprechen, lassen auch beim vertraglichen Wechsel die Nichtrückwirkung als die theoretisch und praktisch richtige Lösung erscheinen. Zwar wird in den meisten Fällen dem externen Wechsel

1) Vgl. auch Kuhn, ZBJV 48, 424: "Die Ehegatten können also nur dann die güterrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes willkürlich abändern, wenn letzteres ihnen diese Freiheit selbst einräumt. Das steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, ergibt sich aber gerade aus dem Vorbehalt einer abweichenden Regelung in einzelnen Fällen; es muss daraus geschlossen werden, dass da, wo ein solcher Vorbehalt fehlt, die gesetzliche Ordnung zwingend ist". - Es kann deshalb auch nicht etwa auf einen hypothetischen Parteiwillen abgestellt werden.

2) So ausdrücklich Egger, Art. 189 N. 1.

3) In diesem Sinne Billinger 50 unter Berufung auf BGE 47 II 9 Erw. 3, M. Eulau 204, Vogel, ZBJV 50, 124. Ablehnend Egger Art. 189 N. 2. - Das Bundesgericht gibt in dem zit. Entscheid keine nähere Begründung.

4) Erl. 171: "Tritt während der Ehe ein Wechsel des Güterstandes ein, so kann das Verhältnis nach verschiedenen Richtungen zu Zweifeln Veranlassung geben, und es ist daher notwendig, wenigstens diejenigen Punkte gesetzlich zu ordnen, welche eine allgemein praktische Bedeutung besitzen. In erster Linie ist es der Uebergang zur Gütertrennung, der einer näheren Ordnung rufen muss ...".

ein interner entsprechen¹⁾, sodass das Argument der möglichsten Uebereinstimmung des Innen- und Aussenverhältnisses entfällt. Dagegen ist gerade hier mit Rücksicht auf den Verkehr die Schaffung klarer, einfacher Verhältnisse geboten. Knüpft der neue Güterstand an die bisher zwischen den Ehegatten vorhanden gewesene Rechtslage an, so entspricht die Ausgangslage für die neuen güterrechtlichen Wirkungen den bisherigen, Dritten grosso modo bekannten Besitz- und Grundbuchverhältnissen, sodass die Wirkungen des neuen Güterstandes auf das vorhandene Vermögen für jedermann einermassen berechenbar sind. Bei Rückwirkung auf den Beginn der Ehe oder einen andern, vertraglich festgesetzten Zeitpunkt wäre dagegen die Ausgangslage für Dritte völlig ungewiss, was den Interessen des Verkehrs, damit mittelbar aber auch denjenigen der Ehegatten selbst, widerspricht. Es mag in einzelnen Fällen durch die besondern Verhältnisse gerechtfertigt sein, wenn die Ehegatten ihre Beziehungen so ordnen wollen, wie wenn sie von Anbeginn ihrer Ehe an unter dem nunmehrigen Güterstand gestanden hätten. Diesem Bedürfnis kann aber dadurch vollauf Genüge getan werden, wenn ihnen gestattet wird, die Auseinandersetzung nach dem Prinzip der Rückwirkung durch rechtsgeschäftliche Uebertragungen vorzunehmen; denn es besteht kein Grund, dem Grundsatz der Nichtrückwirkung zwingenden Charakter beizulegen, sodass die Ehegatten auch nicht durch besonderes Rechtsgeschäft davon abweichen könnten. Würde man aber die Rückwirkung von Gesetzes wegen eintreten lassen, so würden umgekehrt alle jene Ehegatten, die eine güterstandsgemässe Liquidation vorziehen, zwingen, den bisherigen Güterstand rechtsgeschäftlich zu rekonstruieren. Das würde dem Prinzip der Oekonomie der Rechtswirkungen absolut widersprechen. Die gesetzlichen, dinglichen Wirkungen sollen nur soweit reichen, als zur Wirksamkeit des neuen Güterstandes unbedingt erforderlich ist. Wollen einzelne Ehegatten weitergehen, so soll ihnen dies unbenommen sein. Es kann dann aber nur auf dem Wege der sachen- und obligationenrechtlichen Rechtsübertragung geschehen, womit die Ehegatten zugleich gezwungen sind, die Auseinandersetzung tatsächlich vorzunehmen und die Besitz- und Grundbuchverhältnisse dem von ihnen gewollten Zustand effektiv anzupassen. Damit wird für sie wie für Dritte eine klare Situation geschaffen.

Die Wirkungen einer ehevertraglichen Willenserklärung können in allen Fällen nur die gleichen sein, sofern das Gesetz selbst nicht differenziert. Sowohl bei der Güterverbindung wie auch bei der Gütergemeinschaft fehlt eine besondere Vorschrift, sodass es bei Eintritt dieser Güterstände (z.B. Eintritt der Güterverbindung durch Aufhebung eines Ehevertrages) bei der allgemeinen Regel der Nichtrückwirkung bleibt. Es fragt sich daher nur, ob Art. 189 für die vertragliche Gütertrennung besonderes Recht schafft.

1) Es steht den Ehegatten frei, von vornherein die externen und internen Beziehungen verschieden zu ordnen, Art. 181 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 248. Egger, Art. 181 N. 8, Art. 248 a.E. Ablehnend Bosshardt 29 Anm. 32, Mutzner SJZ 18, 137 Ziff. 5.

Der Wortlaut des Art. 189¹⁾ sowie die Materialien scheinen dafür zu sprechen²⁾. Trotzdem ist u.E. auch bei vertraglicher Gütertrennung im Sinne der Nichtrückwirkung zu entscheiden.

Es liegt nicht etwa im Wesen der Gütertrennung begründet, dass sie nur rückwirkend Platz greifen könnte. Bei Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes bestehen hiefür besondere Gründe, die wie bei der Scheidung eine Liquidation ohne Rücksicht auf den bisherigen Güterstand nahelegen. Regelmässig stehen die Ehegatten vor einem Fiasco ihrer Ehe in vermögensrechtlicher oder persönlicher Hinsicht, weshalb es sich rechtfertigt, sie soweit als möglich so zu stellen, wie wenn sie von Anfang an unter Gütertrennung gelebt hätten³⁾. Diese Ueberlegung trifft bei der vertraglichen Gütertrennung nicht in einem solchen Masse zu, dass es sich rechtfertigen liesse, in allen Fällen den Güterstand von Gesetzes wegen rückwirkend aufzuheben. Es soll den Ehegatten nicht verwehrt sein, vertraglich die Folgen des aufgehobenen Güterstandes nach Möglichkeit zu beseitigen, doch bestehen keine ausreichenden sachlichen Gründe für eine solche generelle, unmittelbare Wirkung des Güterstandswechsels. Es kann hiezu auf die früheren Ausführungen zum Problem der Rückwirkung oder Nichtrückwirkung verwiesen werden⁴⁾. Es sei hier lediglich nochmals hervorgehoben, dass mit der Rückwirkung das Ziel der Wiederherstellung der vorehelichen Vermögensverhältnisse sehr häufig doch nicht erreicht werden wird, insbesondere bei der Aufhebung einer Form der Gütergemeinschaft. Nach Art. 189 zerfällt das eheliche Vermögen in die Eigengüter der Ehegatten, soweit die seinerzeitigen Einbringungen noch in natura vorhanden oder durch Surrogate und Ersatzanschaffungen vertreten sind. Weiter reicht die unmittelbare Wirkung nicht. Für die Errungenschaft, die unter Umständen den wesentlichen Teil des ehelichen Vermögens ausmacht, ist eine "Wiederherstellung" ausgeschlossen und bedarf es schliesslich doch noch der rechtsgeschäftlichen - und zwar güterstandsgemässen (Art. 189 Abs. 3) - Liquidation⁵⁾⁶⁾. Ebenso

1) Vgl. hiezu S.155.

2) Erl. 171, wo ganz allgemein von der Gütertrennung die Rede ist, ohne dass zwischen der vertraglichen Gütertrennung und dem Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes unterschieden wird. Vgl. ferner Erl. 214 für den Uebergang von Gütergemeinschaft zu Gütertrennung. Vgl. indessen auch Huber, Vorträge, 127, wo ganz eindeutig der vertragliche Wechsel der gesetzlichen und richterlichen Gütertrennung gegenübergestellt und Art. 189 ausschliesslich auf die letztere bezogen wird.

3) Vgl. die in Anm. 2 erwähnten Ausführungen Hubers in Vorträge S. 127, wo diese Parallele zur Scheidung hervorgehoben wird.

4) S. 146 ff., 155.

5) Um dieser Schwierigkeit zu entgehen, nimmt Bosshardt S. 45 an, dass in Analogie zur Güterverbindung bei der Aufhebung der Gütergemeinschaft die gesamte Errungenschaft ins Alleineigentum des Mannes falle.

6) Beim ausserordentlichen Güterstand fällt dieser Nachteil wenig ins Gewicht, da in der Mehrzahl der Fälle die Liquidation bereits vor dessen Eintritt und zwar güterstandsgemäss (!)

für die Tilgung der Ersatzforderungen. Ist somit Art. 189 als selbsttätige Ordnung nur bedingt wirksam, und lässt sich der damit verfolgte Zweck ohnehin nur in beschränktem Masse erreichen, so besteht kein Anlass, ihn als allgemeinen Grundsatz auch bei vertraglicher Gütertrennung anzuerkennen. Dazu kommt als wesentlicher Mangel die Nichterkennbarkeit der als unmittelbar gesetzliche Folge der Güterstandsänderung eintretenden Rechtsänderungen für Dritte. Die Anwendung des Art. 189 ist daher in restriktiver Interpretation auf diejenigen Fälle zu beschränken, für welche er nach seiner Ausgestaltung angemessen ist, d.h. auf den Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes.

Wir gelangen damit zum Schluss, dass die vertragliche Güterstandsänderung von Gesetzes wegen in keinem Fall zurückwirkt. Das vorhandene Vermögen wird, jedenfalls wenn es sich um Alleineigentum der Ehegatten handelt, ohne Rücksicht auf das bisherige Güterrecht *tel quel* dem neuen Güterrecht unterworfen. Soweit Gesamteigentum besteht, das mit dem neuen Güterstand nicht vereinbar ist, bedarf es der Auseinandersetzung; es bleibt solange bestehen, bis die Liquidation durchgeführt ist.

8. Aufhebung des ausserordentlichen Güterstandes.

Wird die Gütertrennung durch Vereinbarung der Ehegatten aufgehoben, wobei sie sich gleichzeitig einem andern als dem ursprünglichen Güterstand unterstellen, so versteht es sich nach dem Ausgeführten, dass dieser Wechsel, wie jeder andere vertragliche, nicht zurückwirkt. Zweifel können sich indessen dort ergeben, wo sich die Ehegatten mit der Wiederherstellung des früheren Güterstandes begnügen, oder wo derselbe durch den Richter wiederhergestellt wird, namentlich dann, wenn die Auseinandersetzung eventuell gar nie durchgeführt worden ist. Auch hier kommt nur eine einheitliche Lösung in Frage, und kann auf individuelle Verhältnisse, wie der Umstand, dass der frühere Güterstand tatsächlich nicht liquidiert worden ist, nicht abgestellt werden.

Aus dem Ausdruck "Wiederherstellung" in Art. 187 kann nichts im Sinne der Rückwirkung abgeleitet werden¹⁾. Das Gesetz stellt damit nicht eine intertemporale Regel auf, sondern umschreibt so die Kompetenz des Richters²⁾. Von einer Wiederherstellung könnte ohnehin nur sehr bedingt und rein formal die Rede sein, namentlich wo die Gütertrennung die Folge des Konkurses oder der Auspfändung eines Gatten war. Sie hätte z.B. zur

vorgenommen worden ist, Art. 182 Abs. 1 und 185, oder die Auseinandersetzung in einem gerichtlichen Verfahren unter behördlicher Mitwirkung erfolgt; Art. 145, 155, 170. Bei der vertraglichen Gütertrennung ist die Auseinandersetzung vollständig den Ehegatten überlassen, weshalb die Lösung so gestaltet sein muss, dass möglichst einfache und klare Verhältnisse entstehen.

1) a.A. Kappeler 73.

2) S. 124.

Folge, dass eine Vermögensvermehrung aus Einkünften und Erträgen des Frauenvermögens als Errungenschaft ins Manneseigentum fallen würde, während die Ehefrau lediglich ihre Ersparnisse aus eigener beruflicher Tätigkeit als Sondergut behalten würde. Wirkt der Güterstandswechsel nicht zurück, so bildet ihr gesamtes gegenwärtige Gut, soweit es nicht gesetzliches Sondergut ist, einschliesslich des seinerzeit aus der Liquidation Empfangenen, ihr eingebrachtes Gut. Dem Nachteil, dass auch ihre Ersparnisse aus eigener Arbeit gleich wie der voreheliche Arbeitserwerb darunter fallen, kann dadurch begegnet werden, dass sie vertraglich zu Sondergut erklärt werden, wobei die Ehefrau ihre Zustimmung zur vertraglichen Aufhebung der Gütertrennung von einer solchen Bedingung abhängig machen kann¹⁾. Auch hier überwiegen die praktischen Vorteile der Nichtrückwirkung. Mangels anderer ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes wirkt der in Kraft gesetzte ordentliche gesetzliche oder vertragliche Güterstand nicht zurück²⁾, wobei die Ehegatten wiederum nicht gehindert sind, rechtsgeschäftlich eine der Rückwirkung entsprechende Ordnung zu schaffen.

Somit kommt lediglich dem Güterstandswechsel bei Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes (Art. 189) und Wohnsitzwechsel vom Ausland in die Schweiz (Art. 20 NAG) sowie der Ehescheidung (Art. 154) rückwirkende Kraft zu, während in allen andern Fällen der neue Rechtszustand ex nunc wirkt. Darnach bestimmt sich die unmittelbar dingliche Wirkung der Güterstandsänderung und der Aufhebung der güterrechtlichen Beziehungen sowie der Bereich, innerhalb dessen es einer besondern Auseinandersetzung bedarf.

c) Einzelfälle der güterrechtlichen Auseinandersetzung.

Eine Auseinandersetzung hat daher in folgenden Fällen stattzufinden, wobei Art. 188 unter der Voraussetzung des Haftungsentzuges zur Anwendung gelangt³⁾:

1. Liquidation des Gesamtgutes, soweit dasselbe nicht eo ipso in die ursprünglichen Eigengüter (inklusive Surrogate) zerfällt (Art. 154, 189 ZGB, Art. 20 NAG). Soweit von den Ehegatten nichts anderes vereinbart wird, erfolgt die Aufteilung güterstandsgemäss, wobei jedem Ehegatten ein obligatorischer Anspruch auf Ueberlassung des von ihm seinerzeit in die Ehe Eingebrachten auf Anrechnung an seinen Gesamtgutsanteil zusteht, Art. 225, 228. Solange die Auseinandersetzung nicht vorgenommen wird, ist auch für die Anwendung der speziellen Haftungsregel des Art. 227 kein Raum. Insbe-

1) Es sind allerdings auch diese Werte "Erwerb der Ehefrau aus selbständiger Arbeit", Art. 191 Ziff. 3, sodass sie bei wörtlicher Interpretation auch als gesetzliches Sondergut angesehen werden können.

2) Gegenteiliger Ansicht Bosshardt 47, Kappeler 73, Steiner 130 (Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Gütertrennung).

3) Siehe § 19, S. 172 ff.

sondere ist dies beim Uebergang zu fortgesetzter Gütergemeinschaft der Fall. Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten bleibt unverändert, und an Stelle des Verstorbenen treten die Kinder in seine Rechte und Pflichten ein, haften dafür aber auch mit ihrem persönlichen Vermögen, sodass die Fortsetzung der Gemeinschaft mit den Nachkommen des Verstorbenen in der Regel eine Haftungserweiterung zur Folge hat. Wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgelöst, so findet unter Vorbehalt der Erbenhaftung Art. 227 analoge Anwendung¹⁾.

2. Ausrichtung des gesetzlichen oder ehevertraglichen Vorschlagsanteils und Tilgung des Rückschlagsanspruches gemäss Gesetz oder Ehevertrag (Art. 214, 240, 154 Abs. 2, 189 Abs. 2).

3. Tilgung von Ersatzforderungen, die ihren Rechtsgrund in güterrechtlichen Eigentumsverschiebungen haben, soweit sie nicht durch den gesetzlichen Rückfall der in natura noch vorhandenen Werte²⁾ untergegangen sind: Ersatzforderungen infolge des Uebergangs von Bargeld, nicht individualisierten Inhaberpapieren und andern vertretbaren Sachen, Art. 201 Abs. 3³⁾, oder infolge gesetzlicher⁴⁾ oder vertraglicher Gütereinheit, Art. 199⁵⁾⁶⁾.

4. Tilgung von Ersatzforderungen für nicht mehr vorhandenes Frauengut, soweit der Ehemann als Verwalter für den Verlust verantwortlich ist, Art. 212 Abs. 2.

5. Unter dem Marginale "Ersatzforderungen" erwähnt das Gesetz in Art. 209 Abs. 1 Forderungen zwischen den Ehegatten, weil Schulden des

1) Egger, Art. 231 N. 3, Gmür, Art. 231 N. 11 (nicht ganz klar), Bosshardt 29.

2) Da das nach Art. 199 und 201 Abs. 3 ins Manneseigentum gelangte Frauenvermögen vollständig im Mannesvermögen aufgeht und innerhalb desselben keine Sonderexistenz besitzt, ist für die Anwendung der besondern güterrechtlichen Surrogationsregeln kein Raum. Ersatzan-schaffungen und Surrogate bleiben Manneseigentum.

Soweit die Güterstandsänderung nicht zurückwirkt, bleibt das Gütereinheitsgut Eigentum des Mannes. Zur Tilgung der Ersatzforderung kann von den Ehegatten die Rückgabe dieser Werte an Zahlungsstatt vereinbart werden, wobei Uebertragung in den Formen des Sachen- und Obligationenrechts erforderlich ist. Der vertraglichen Aufhebung der Gütereinheit kommt keine unmittelbar dingliche Wirkung zu.

3) BGE 45 III 151 ff., insb. 171, 65 II 109, 66 II 8.

4) Altbernische Gütereinheit. Art. 144 Ziff. 4 EG z. ZGB. BGE 45 II 110, 54 III 260, Knapp, ZBJV 78, 344. Vgl. indessen auch Gmür, Art. 188 N. 9.

5) Begrifflich gehört hieher auch die Tilgung der Ersatzforderung für das eingebrachte Frauengut bei der Liquidation der Gütergemeinschaft in der Pfändungsbetreibung und im Konkurs, Art. 224. Der auf diese Forderung entfallende Liquidationsanteil ist indessen durch besondere Vorschrift von der weitem Haftung befreit, Art. 188 Abs. 3.

6) Es kann nicht generell gesagt werden, dass die Ersatzforderungen des bisherigen Güterstandes aufgehoben und durch diejenigen des neuen Güterrechts ersetzt werden, Kappeler 76. Es ist vielmehr in jedem einzelnen Fall zu prüfen, wie weit die Ersatzforderungen durch den Güterstandswechsel mit Rücksicht auf die eintretenden Vermögensverschiebungen getilgt werden, bezw. bei Gütergemeinschaft untergehen, Art. 223.

einen aus Vermögen des andern getilgt worden sind. Indessen handelt es sich hier um Regressforderungen, die nicht güterrechtlich bedingt sind. Das eheliche Verhältnis und die spezielle güterrechtliche Ordnung (Verwaltung des Frauengutes durch den Ehemann) mögen die Entstehung solcher Forderungen wohl begünstigen; ihren Rechtsgrund haben sie nicht in der Güterordnung, sondern in allgemein vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten (Art. 177) und mit Dritten¹⁾. Sie sind rein obligatorischer, nicht güterrechtlicher Natur²⁾. Ebenso entspringen die Regressforderungen der Ehefrau gegen den Ehemann für von ihr bezahlte Haushaltsschulden nicht dem ehelichen Güterrecht, sondern dem ehelichen Verhältnis als solchem, Art. 160 Abs. 2³⁾.

Ist das eheliche Güterrecht an der Entstehung dieser Forderungen nicht beteiligt, so ist es allerdings auch nicht ohne Einfluss auf sie: Je nach dem Charakter der getilgten Schuld geht die Regressforderung auf Ersatz an das eheliche Vermögen oder an das Sondergut des regressberechtigten Ehegatten, und je nachdem die getilgte Schuld nach internem Güterrecht das eheliche Vermögen oder das Sondergut des Regresspflichtigen belastete, handelt es sich bei der Regressschuld um eine Voll- oder Sondergutschuld. Ferner: Belastet die Regressschuld eheliches Vermögen und ist die den Regress begründende Leistung aus ehelichem Vermögen erfolgt, so kann bei der Güterverbindung eine Ausgleichung erst bei der Auflösung der Güterverbindung verlangt werden, Art. 209 Abs. 1, während bei der Gütergemeinschaft und ihrer güterstandsgemässen Liquidation eine Ausgleichsforderung überhaupt nicht erhoben werden kann, Art. 223 Abs. 1⁴⁾. Das eheliche Güterrecht bestimmt somit die Zugehörigkeit der Ausgleichsforderung zum einen oder andern ehelichen Gut, das Haftungssubstrat, die Klagbarkeit

1) Kumulative oder privative Schuldübernahme, Bürgschaft, Vertrag und Leistung zugunsten eines Dritten, Geschäftsführung ohne Auftrag etc. Vgl. hiezu O. Müller 113, 114. Für die Gütertrennung ist nicht bestritten, dass es sich um rein obligatorische Ansprüche handelt. Vgl. z.B. Bühlmann, Handbuch, 107 (im Gegensatz zu seinen Ausführungen S. 92 zur Güterverbindung).

2) O. Müller 108. Vereinbarungen über die Tilgung dieser Regressforderungen bedürfen daher auch nicht der Form des Ehevertrages. Erlass einer Ausgleichsforderung ist nicht Abänderung einer gesetzlichen Wirkung des Güterstandes der Güterverbindung oder Gütergemeinschaft, sondern obligatorischer Schulderrlass im Sinne von Art. 115 OR, eventuell Schenkung. a.A. Egger, Art. 209 N. 9. Hiebei beruft er sich zu Unrecht auf O. Müller 140, wo zutreffend zwischen den Ausgleichsforderungen unter den Ehegatten und solchen zwischen ehelichem Vermögen und Sondergut, Art. 209 Abs. 1 und 2, unterschieden und hinsichtlich der ersteren die Ehevertragsform ausdrücklich abgelehnt wird. Wohl aber ist die Ehevertragsform erforderlich, wenn die Ehegatten die interne Lastentragung im voraus vertraglich regeln, wodurch für die im Vertrag geordneten Rechtsverhältnisse auch über den Regress entschieden wird.

3) Zur Frage, ob die Ehefrau hierfür einen Regressanspruch besitzt, vgl. O. Müller 69 ff.

4) Anders bei Gütertrennung und Scheidung. Egger, Art. 223 N. 4 und dort zit. Literatur, O. Müller 77, Kappeler 62 ff., Blocher, ZSR 36, 275, J. Huber 48; BGE 40 II 174. a.A. Gmür, Art. 223 N. 2, 4, 4a, Rossel-Mentha 309, Droin 654.

Für die Verhältnisse speziell bei Konkurs vgl. Schultheiss 147 ff.

(Art. 223 Abs. 1) und Fälligkeit (Art. 209 Abs. 1), d.h. die Modalitäten ihrer Geltendmachung. Dadurch werden diese Ansprüche noch nicht zu güterrechtlichen; denn massgebend ist hiefür allein, ob ihre Entstehung durch die güterrechtliche Vermögensordnung bedingt ist. Ihre Tilgung gehört somit begrifflich nicht zur güterrechtlichen Auseinandersetzung.

Es kann sich daher nur fragen, ob der Umstand, dass die ehemännliche Verwaltung des Frauengutes und Gesamtgutes die Entstehung von Regressforderungen zwischen den Ehegatten besonders begünstigt, Art. 209 Abs. 1 die Fälligkeit aufschiebt und zusammen mit dem Betreibungsverbot zwischen den Ehegatten das Anwachsen solcher Forderungen und eine interne Verschuldung erleichtert, ferner die Möglichkeit der Verrechnung¹⁾ bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung eine ausdehnende Interpretation des Begriffs der Auseinandersetzung und die Anwendung des Art. 188 zum Schutze der Gläubiger rechtfertigt. Eine solche Interpretation ginge über den Zweck des Art. 188: den Schutz der Gläubiger vor Benachteiligung durch Güterstandsänderungen und dadurch bedingte Auseinandersetzungen, hinaus. Die Möglichkeit einer internen Verschuldung der Ehegatten besteht auch bei der Gütertrennung und ist nicht so sehr eine Folge des Güterstandes als des ehelichen Verhältnisses selbst, wie auch das Betreibungsverbot nicht vom Güterstand abhängig ist. Die Feststellung der Kreditverhältnisse von Ehegatten wird deswegen immer gewisse Schwierigkeiten bieten. Indessen kann den Gläubigern zugemutet werden, sich dagegen besonders zu versichern, während es zu weit geführt und den Kredit der Ehegatten zu sehr in Mitleidenschaft gezogen hätte, wenn die Gläubiger nach Zulassung des Ehevertrages während der Ehe gegenüber dadurch bedingten Vermögensverschiebungen auf die gemeinrechtlichen Sicherungen verwiesen worden wären. In dieser Richtung rechtfertigte sich ein besonderer Schutz der einmal erworbenen Haftungsrechte. Dieser besondere Schutz darf aber ohne ausdrückliche gesetzliche Basis nicht auf weitere Fälle von Vermögensverschiebungen zwischen Ehegatten ausgedehnt werden. Die Tilgung von Ersatzforderungen im Sinne von Art. 209 Abs. 1 sowie von Ausgleichsforderungen zwischen den Ehegatten bei der Aufhebung der Gütergemeinschaft infolge Scheidung oder Eintritt des ausserordentlichen Güterstandes fällt daher u. E. nicht unter den Begriff der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Sinne von Art. 188, weshalb Art. 188 hierauf nicht anwendbar ist²⁾³⁾⁴⁾. Die Gläubiger haben hiegegen nur die Möglichkeit der An-

1) Zur Verrechnung von Ersatzforderungen vgl. speziell Schultheiss 78 ff.

2) Deshalb dürfte der Entscheid des bern. App. Hofes in ZBJV 63, 95 im Ergebnis richtig sein, wenn auch die dort gegebene Begründung der Kritik nicht standhält.

3) Wenn nach der Mitteilung Vogels in ZBJV 50, 127 Huber und Gmür die Ansicht vertraten, ein Vermögensübergang im Sinne von Art. 188 liege dann nicht vor, wenn ein Ehegatte eine Forderung des andern tilge, so hatte Huber möglicherweise diese Ersatzforderungen nach Art. 209 Abs. 1 im Auge. Für Gmür ergibt sich allerdings aus dem Kommentar, dass er weitergehend auch Ersatzforderungen gemäss Art. 199 und 201 Abs. 3 von Art. 188 ausnehmen wollte. Vgl.

fechtungsklage, Art. 285 ff. SchKG.

Art. 188 N. 10, N. 10a. Vgl. ferner zu diesem Problem Bosshardt 61 und 69 ff., wo er die Auffassung vertritt, dass ein Haftungsentzug nicht vorliege, wo der Vermögensübergang durch eine Gegenleistung paralyisiert werde, und bei der Tilgung einer Ersatzforderung für Schuldentilgung den wichtigsten Anwendungsfall sieht. Wesentlich ist indessen nicht das Moment der Gegenleistung, sondern die Unterscheidung der güterrechtlichen von der allgemein vermögensrechtlichen Auseinandersetzung (eine Konsequenz des Art. 177) und Subsumierung der Tilgung von Ausgleichsforderungen aus Schuldentilgung unter die letztere. Vgl. auch Hegglin 48.

4) Es ist daher auch fraglich, ob die Ehefrau für diese Regressforderungen ein Konkursprivileg geniesst. Verneinend Bülmann, Handbuch, 107, bejahend Schultheiss 76, Saxer, S. 30 (im Widerspruch zu ihren Ausführungen auf S. 35/36), Egger, Art. 210 N. 2 aus der allgemeinen Erwägung des Schutzes der ehelichen Gemeinschaft.

Die ältere bundesgerichtliche Praxis legte Art. 219 SchKG in der bis 1912 geltenden Fassung und im Anschluss an Heusler, ZSR 1, 17 ff. und die Botschaft d. BR v. 6. April 1886 S. 73 dahin aus, dass das Privileg nur bestehe, wenn die Ersatzforderung durch eine Verfügung des Ehemannes begründet worden sei, die sich die Ehefrau nach Gesetz oder vom Gesetz anerkanntem Ehevertrag gefallen lassen musste, nicht aber dann, wenn für die Ehefrau ein solcher Zwang nicht bestand. Demgemäss wurde einer Ehefrau das Privileg abgesprochen, die mit Zustimmung des Mannes selbst über Eingebrauchtes verfügt hatte (BGE 27 II 661) oder - bei Gütertrennung - ihr Frauengut aus freien Stücken dem Manne überantwortet hatte (BGE 35 II 463). Konsequenterweise ist es auf Grund dieser Auffassung auch dann zu verweigern, wenn die Ehefrau der Verfügung des Mannes zugestimmt hat, besteht doch auch in diesem Falle güterrechtlich für sie kein Zwang, die Veräusserung ihres Gutes zuzulassen. Die Zustimmung zur Tilgung von Mannesschulden aus Frauengut ist nicht anders als eine Interzession der Ehefrau zu betrachten.

In der seit 1912 geltenden Fassung bedeutet Art. 219 SchKG, was die Voraussetzungen des Privilegs anbelangt, nurmehr eine Verweisung auf die diesbezüglichen Vorschriften des vereinheitlichten Zivilrechts, Art. 211 und 224 ZGB. Beide Bestimmungen differenzieren nicht nach dem Grund des Verlustes des eingebrachten Gutes; die Ausgleichsforderungen werden weder in positivem noch in negativem Sinne erwähnt. Es ist somit Auslegungsfrage, ob Art. 211 und 224 sie berücksichtigt. Hierbei ist nicht anzunehmen, dass mit der Revision des Art. 219 SchKG bzw. mit Art. 211 und 224 ZGB an der materiellrechtlichen Grundlage des Privilegs etwas geändert werden wollte. Nach den Erl. 205 sollte vielmehr Art. 219 SchKG (in der damaligen Fassung) übernommen werden.

Für das geltende Recht ergibt sich die Rechtfertigung des Privilegs nicht schon aus der engen persönlichen Bindung und Abhängigkeit der Ehegatten, dem Schutz der ehelichen Gemeinschaft (so Egger, a.a.O.), sonst müsste es auch der Gütertrennungsfrau zugebilligt werden, was von Egger, Art. 244 N. 2, Curti und Gmür, Art. 244 N. 2 nachdrücklich abgelehnt wird, da hier die Privilegierung einen Fremdkörper darstellen würde und sich nicht rechtfertigen lasse. Seine Begründung ist vielmehr eine rein güterrechtliche. Es bildet das Korrelat zu den ehemännlichen Verwaltungs- und Dispositionsbefugnissen am Frauengut und Gesamtgut (Droin 564, Gmür Art. 211 N. 8, Saxer S. 35) und ist daher nur soweit gerechtfertigt, als die Ehefrau Eingriffe in ihr Gut und das Gesamtgut dulden muss. Das Privileg besteht nur soweit, als der Ehemann aus der Verwaltung des Frauengutes oder Gesamtgutes verantwortlich ist, Gmür Art. 211 N. 11. Diese Verantwortlichkeit entfällt, wo die Ehefrau gestattet, dass Schulden des Mannes aus ihrem eingebrachten Gut getilgt werden. Ob sie dabei selbst - mit Zustimmung des Mannes - verfügt (BGE 27 II 661) oder der Verfügung des Mannes zustimmt, macht u.E. keinen Unterschied, hätten es doch sonst die Ehegatten ohne weiteres in der Hand, durch ihr Vorgehen das Privileg zu begründen oder auszuschliessen. Grund der Ersatzforderung ist ein rein obligationenrechtlicher, und es entbehrt in einem solchen Fall das Privileg der güterrechtlichen Begründung. Art. 211 und 224 sind daher im Sinne der früheren bundesgerichtlichen Praxis einschränkend zu interpretieren. Für die Betreibungsbehörden ergibt sich daraus die Notwendigkeit, den Grund des Verlustes des Frauengutes festzustellen.

6. Anders scheint es sich mit den Ausgleichsforderungen zwischen ehelichem Vermögen und Sondergut zu verhalten, welche entstehen, weil Schulden aus Mitteln eines Sondervermögens getilgt worden sind, dem die Schulden nach den güterrechtlichen Regeln über die interne Lastentragung nicht endgültig belastet werden können¹⁾. Ist eine Sondergutsschuld der Frau aus eingebrachtem Gut oder Gesamtgut getilgt worden, so kann der Ehemann von ihr die Entlastung des ehelichen Vermögens aus ihrem Sondergut verlangen. Hat umgekehrt ein Ehegatte eine das eheliche Vermögen belastende Vollschaft aus Vorbehaltsgut gedeckt, so steht ihm ein Anspruch auf Ersatz aus dem Eingebachten oder Gesamtgut an das Sondergut zu. Das Schuldverhältnis besteht wie bei den vorerwähnten Ersatzforderungen zwischen den Ehegatten. Der eine Ehegatte ist Gläubiger bzw. Schuldner des andern²⁾, doch geht der Anspruch nicht auf Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten in dasjenige des Berechtigten, sondern auf Leistung aus einem Sondervermögen an ein anderes Sondervermögen, um der Rechte willen, die den Ehegatten an den einzelnen Sondervermögen zustehen. Personifiziert man zur Veranschaulichung die verschiedenen Güter, so kann in übertragbarem Sinn von Forderungen des einen Gutes gegen das andere gesprochen werden, von Ausgleichsforderungen zwischen den verschiedenen Massen des güterverbindlich oder gütergemeinschaftlich organisierten Gesamtvermögens der Ehegatten³⁾.

Voraussetzung der Entstehung einer solchen Ausgleichsforderung ist auch in diesem Fall eine Schuldentilgung. Ob jedoch eine Regressforderung entsteht, bestimmt sich nicht nach Obligationenrecht, sondern allein nach

1) Vgl. hiezu O. Müller, Der interne Schuldenausgleich nach Art. 209 und 223 ZGB. Ferner Erl. 204-205.

2) Anders Müller 111/112, im Anschluss an v. Tuhr, Allg. Teil BGB I, 346, Wolff 215, 216, Egger, Art. 209 N. 8. Darnach wären Gläubiger- und Schuldnerqualität in ein und derselben Person vereinigt. Ein Ausgleichsanspruch und eine Ausgleichsschuld besteht jedoch nur um der Rechte der Ehegatten an den verschiedenen Sondervermögen willen. Ist z.B. eine Sondergutsschuld aus eingebrachtem Frauengut bezahlt worden, so ist die Ehefrau nur deshalb zum Ersatz aus Eingebachten aus ihrem Sondergut verpflichtet, weil der Ehemann in einem solchen Falle eine Schmälerung seiner Nutzungsrechte am Eingebachten nicht zu dulden gehalten ist. Fällt umgekehrt eine Schuld, die aus Sondergutsmitteln der Ehefrau getilgt worden ist, ihrem Eingebachten oder dem Gesamtgut zur Last, so hat der Ehemann eine Verkürzung desselben auf sich zu nehmen, um der Rechte der Frau auf ihr Sondergut willen. Der Anspruch richtet sich immer gegen den andern Ehegatten, nie gegen den Anspruchsberechtigten selbst. Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass es zur Tilgung einer Ausgleichsforderung des Sondergutes aus ehelichem Vermögen des Ehevertrages bedarf (Art. 190), wobei die Ehegatten als Vertragsparteien erscheinen. Die Ehefrau kontrahiert nicht mit sich selbst.

Diesen Charakter der Ausgleichsforderungen übersieht z.B. Deschenaux, La nature juridique de la communauté de biens, Diss. Freiburg 1934. Indem er das Gesamtgut personifiziert und die Ausgleichsforderungen als solche des Gesamtgutes gegen die Ehegatten auffasst, gelangt er zu der u.E. verfehlten Auffassung, dass das Gesamtgut das Substrat einer juristischen Person darstelle. Vgl. insb. 346, 93, 116, 251.

3) Müller 140.

den güterrechtlichen Regeln über die interne Lastentragung¹⁾. Sie haben ihren Grund im ehelichen Güterrecht, in der Existenz verschiedener Vermögensmassen. Sie gehören als Aktiven und Passiven zu den verschiedenen Gütern. Bei der Liquidation des Güterstandes bestimmen sie den Umfang des ehelichen Vermögens (Eingebrachtes und Gesamtgut) und damit den Anteil der Ehegatten an diesem. Sie können jedoch schon während der Ehe geltend gemacht werden, Art. 209 Abs. 2, 223 Abs. 2, und hierin erweist sich ihre eigentliche Bedeutung: in der substantiellen Erhaltung der durch den Güterstand geschaffenen Vermögenskomplexe im Hinblick auf die diesen Gütern zukommende Funktion²⁾. Ein Gut, das für eine wesensfremde Schuld in Anspruch genommen wurde, soll wieder ergänzt werden, damit es die ihm zugedachte Aufgabe erfüllen kann. Damit dienen die Ausgleichungsansprüche gleichzeitig der Wahrung der Interessen der an diesen Vermögensmassen berechtigten Dritten. Es wäre daher zweckwidrig, den Ausgleich zu behindern, indem ein dadurch bewirkter Vermögensübergang den Kautelen des Art. 188 unterstellt würde. Dies um so mehr, als das mit der Ausgleichung belastete Gut vorher bereichert, von einer Verbindlichkeit entlastet worden ist³⁾. Wäre die Schuld von vornherein aus dem endgültig damit belasteten Gut getilgt worden, so wären die Gläubigerrechte nicht vorbehalten worden⁴⁾. Im Interesse einer gleichmässigen Behandlung der verschiedenen Gläubigerkategorien soll dem nicht anders sein, wenn das belastete Gut nicht direkt, sondern erst auf dem Wege des Regresses in Anspruch genommen wird. Art. 188 ist daher auf die Tilgung von Ersatzforderungen im Sinne von Art. 209 und 223 nicht anwendbar. Sie untersteht nur den allgemeinen Kautelen der Art. 285 ff. SchKG.

d) Form- und Verfahrensfragen.

Das Gesetz enthält keinerlei speziellen Vorschriften über die formelle Seite der Auseinandersetzung. Es ist weder ein bestimmtes Verfahren, etwa unter behördlicher Mitwirkung, vorgeschrieben⁵⁾, noch sind für die Durchführung

1) Interne Lastentragung im Gegensatz zur externen Schuldenhaftung. Sie berühren jedoch sowohl das interne wie das externe Güterrecht. In der Zwangsvollstreckung können sie gepfändet und zur Masse gezogen werden.

2) Dem gleichen Zweck dient das Surrogations- und Remploiprinzip beim eingebrachten Frauengut und Sondergut. Vgl. hierzu Genner, Das Surrogationsprinzip, insb. 36, 63 ff., 87 ff.

3) Bosshardt 61.

4) Bosshardt a.a.O. Gegenständlich betrachtet liegt freilich ein Haftungsentzug auch dann vor, wenn einer Verminderung des Haftungssubstrates vor- oder nachgängig eine Vermehrung gegenübersteht. Im Endergebnis erfahren die Gläubiger keine Benachteiligung, weshalb ihnen auch keine besondern Rechte an den ausscheidenden Werten einzuräumen sind. Im übrigen stellen wir nicht auf das Moment der Gegenleistung ab. Eine solche fehlt z. B. bei der Tilgung einer Deliktsschuld.

5) Eine behördliche Mitwirkung ist vorgesehen obligatorisch in § 67 Abs. 2 Solothurn. EG z. ZGB und fakultativ auf Verlangen eines Ehegatten in § 34 EG Basel-Stadt bei Eintritt der Gütertrennung (Mitwirkung der Amtsschreiberei). Weiter ergibt sich eine solche im

irgendwelche Fristen gesetzt¹⁾. Es ist den Ehegatten freigestellt, ob und wann sie die Auseinandersetzung vornehmen wollen. Ebensowenig enthält das Gesetz besondere Bestimmungen über die Form der Liquidationsgeschäfte. Für die Durchführung der Gütertrennung als ausserordentlichen Güterstand ist die Betreibung zulässig, Art. 176 Abs. 1, während in allen andern Fällen die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung während des Bestehens der Ehe fehlt.

Mit Ausnahme der Tilgung von Ausgleichsforderungen zwischen den Ehegatten ist die causa der Auseinandersetzungsgeschäfte eine güterrechtliche²⁾. Sie beziehen sich auf die güterrechtliche Ordnung, fallen somit unter den Begriff des materiellen Ehevertrages³⁾. Sie sind allerdings nicht dazu bestimmt, neue güterrechtliche Verhältnisse zu begründen. Solange sich die Ehegatten an die Liquidationsregeln des Güterstandes bzw. Art. 154 und 189 als Normen der Güterrechtsordnung im Ganzen halten, wenden sie die gesetzliche Ordnung lediglich an, und kommt den Auseinandersetzungsgeschäften keine besondere, selbständige, diese Ordnung ändernde Bedeutung zu. Sie bedürfen daher nach früher Gesagtem nicht der Form des Ehevertrages⁴⁾, und gehören, sofern sie in einem solchen enthalten sind, nicht zu dessen formbedürftigen Inhalt.

Das Gesetz enthält auch keine die Art und Weise der Tilgung von Ersatzforderungen betreffende Vorschriften. Die Ehegatten sind daher frei, zu vereinbaren, in welcher Weise sie getilgt werden sollen, durch Zahlung mit üblichen Zahlungsmitteln, durch Vermögensabtretung an Zahlungsstatt oder durch Verrechnung, Neuerung. In diesem Rahmen können sie bei der Aufhebung der Gütereinheit (Art. 199, 201 Abs. 1, altbernische Gütereinheit) die Rückübertragung des seinerzeitigen Frauengutes nach dem Grundsatz der Rückwirkung vorsehen, ohne dass darin eine Aenderung der gesetzlichen Auseinandersetzungsgesetze liegt. Ebenso bei der Liquidation des Gesamtgutes, gewährt doch das Gesetz selbst einen obligatorischen Anspruch auf die ursprünglichen Einbringungen, Art. 228. Eines formellen Ehevertrages bedarf es aber auch dann nicht, wenn bei der Auseinandersetzung ein Ehegatte auf einen ihm zustehenden gü-

Scheidungs- und Ehetrennungsverfahren, sofern die Auseinandersetzung vor der Scheidung und Trennung vorgenommen wird, Art. 158 Ziff. 5. Nach der Scheidung und Trennung ist die gerichtliche Genehmigung nicht mehr erforderlich, Weiss, Entscheidungen 1922-37 Nr. 1469, BGE 64 II 63. Erfolgt die Gütertrennung auf Grund von Art. 145 und 170, so haben die Gerichte nach Massgabe des einzelnen Falles geeignete Vorkehren zu treffen, die sich jedoch auf die Sicherstellung güterrechtlicher Ansprüche und auf die tatsächliche Ausscheidung bei der Auflösung des gemeinsamen Haushalts beschränken werden. Wo sodann die Erbteilung unter Mitwirkung einer Teilungsbehörde erfolgt, erstreckt sich diese auch auf die güterrechtliche Auseinandersetzung, soweit die Feststellung des Nachlasses in den Pflichtenkreis dieser Behörde fällt.

1) Vgl. indessen S. 70 ff. zur Geltungsdauer des Konkursprivilegs.

2) Bosshard 37.

3) Egger, 1. Aufl., Art. 179 Anm. 2d letzter Absatz, Anm. 6c.

4) S. 108. Vgl. auch ZBJV 71, 190, allerdings mit einer kaum zutreffenden Begründung.

terrechtlichen Anspruch verzichtet, so wenn er eine Ersatzforderung erlässt, oder wenn Vor- und Rückschlag oder das Gesamtgut abweichend vom Gesetz oder von einer früheren ehevertraglichen Teilungsabrede geteilt werden. Es werden dadurch keine zukünftigen güterrechtlichen Ansprüche stipuliert, wie es die Art. 214, 226 und 240 offensichtlich im Auge haben, sondern es wird über fällige Ansprüche und Anteilsrechte verfügt. Nichts könnte ja die Ehegatten hindern, die Ausscheidung zunächst nach Gesetz oder Vertrag vorzunehmen, um sogleich nachher die nach Güterrecht vorgenommenen Vermögensverschiebungen durch allgemein vermögensrechtliche Zuwendungen wieder rückgängig zu machen. Soweit ein Ehegatte in der Auseinandersetzung auf einen Vorschlags- oder Rückschlagsanspruch, eine Ersatzforderung oder einen Anteil am Gesamtgut verzichtet, ist dieser Verzicht nach obligationenrechtlichen Gesichtspunkten als Schulderrlass oder Schenkung, eventuell Erfüllung einer sittlichen Pflicht zu beurteilen¹⁾ und bedeutet das Ausscheiden solcher Ansprüche aus dem Haftungssubstrat eines Schuldners keinen güterrechtlichen Haftungsentzug.

Eine Auseinandersetzung vor der extern wirksamen Aufhebung des bisherigen Güterstandes ist nur soweit möglich, als sie sich nicht auf ein konstitutives Element des Güterstandes bezieht. Zulässig ist in diesem Sinne bei der Güterverbindung die Tilgung von Ersatzforderungen für nicht mehr vorhandenes Frauengut einschliesslich der Ersatzforderung aus Eigentumsübergang gemäss Art. 201 Abs. 3, von Ausgleichsforderungen gemäss Art. 209 Abs. 1 und Vorleistungen auf Rechnung des Vorschlagsanspruches der Ehefrau oder Leistungen der Ehefrau auf Grund ihrer Verpflichtung zur Tragung des Rückschlages²⁾. Dagegen liegt in der Rückübertragung von Frauengutswerten, die auf Grund von Art. 199 ins Mannesgut übergangen, in der Zuweisung von Gesamtgut ins Einhandgut der Ehegatten oder in der Rückgabe von Gegenständen einer der Sache nach eine Beseitigung des eingetragenen Güterstandes selbst, was nur mit gleichzeitigem Ehevertrag geschehen kann. Einer antizipierten Auseinandersetzung sind daher enge Grenzen gezogen. Zur Hauptsache kann daher die Auseinandersetzung erst gleichzeitig

1) a.A. Bosshardt 56 hinsichtlich der Ersatzforderungen nach Art. 201 Abs. 3, die er als wesentlichen Bestandteil der Güterverbindung und daher als prinzipiell unverzichtbar betrachtet; zum mindesten bedürfe ein Verzicht als Aenderung des Güterstandes der Form des Ehevertrages. In diesem Sinne auch Egger, Art. 209 N. 9, Gampert 54. Es kann freilich nicht im voraus auf die Anwendung von Art. 201 Abs. 3 verzichtet werden, auch nicht durch Ehevertrag, wohl aber auf einen aus einem Vermögensübergang entstandenen konkreten Anspruch, unter Beachtung von Art. 177 Abs. 2.

2) Soll die Tilgung durch Bargeld oder Hingabe von vertretbaren Sachen erfolgen, so ist sie allerdings im Hinblick auf Art. 201 Abs. 3 vor Aufhebung der Güterverbindung nicht durchführbar. Werden die Werte aber zu Sondergut erklärt, so liegt darin zugleich eine partielle Aufhebung der Güterverbindung und nicht nur eine blossse Auseinandersetzung. Die Rückerstattung von Inhaberpapieren mit gleichzeitiger Individualisierung bedarf der vormundschaftlichen Genehmigung nach Art. 177 Abs. 2. Egger Art. 177 N. 10, M. Eulau 111, wohl auch BGE 47 II 173. Anders BGE 62 II 198; vgl. jedoch zu diesem Entscheid die begründete Kritik M. Eulau 42 ff.

mit der Güterstandsänderung oder nach derselben erfolgen. Dabei sind die Regeln des neuen Güterstandes zu beachten, und ist ein Ehevertrag unerlässlich, wenn das den Ehegatten aus der Liquidation Zukommende einem andern Vermögenskomplex zugewiesen werden will, als in welchen es nach dem nunmehrigen Güterstand fallen würde; nicht weil es sich um einen Akt der Auseinandersetzung handelt, sondern weil eine vom neuen Güterstand abweichende Ordnung getroffen werden soll.

Gehen die Ehegatten von allgemeiner Gütergemeinschaft zu beschränkter Gütergemeinschaft mit Güterverbindung oder zu allgemeiner Güterverbindung oder von Gütereinheit zu Güterverbindung über, so bedürfen die Auseinandersetzungsgeschäfte, die das Gesamtgut oder das eingebrachte Frauengut inklusive die Ersatzforderungen nach Art. 199 und 201 Abs. 3¹⁾ betreffen, nach herrschender Ansicht der vormundschaftsbehördlichen Genehmigung nach Art. 177 Abs. 2 und zur Wirksamkeit gegenüber Dritten der Eintragung im Güterrechtsregister, Art. 248 ZGB, Art. 15 GRVO²⁾. Art. 177 Abs. 2 unterscheidet denn auch nicht nach der Natur des Rechtsgeschäfts, so, dass nur die rein obligationen- und sachenrechtlichen, d.h. allgemein vermögensrechtlichen darunter fallen würden³⁾. Es wäre auch gar nicht verständlich, wenn das Gesetz einerseits für den Ehevertrag und anderseits für die allgemein vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte die Genehmigung und Registrierung verlangen würde, nicht aber für die Auseinandersetzung. Genehmigung und Registrierung verfolgen beim Ehevertrag wie beim Rechtsgeschäft nach Art. 177 den gleichen Zweck⁴⁾. Auch bei der Auseinandersetzung besteht die Gefahr einer unzulässigen Beeinflussung und Benachteiligung eines Ehegatten oder der Benachteiligung Dritter mindestens in gleichem Masse, wenn nicht noch ausgesprochener. Dem wird nicht schon durch die Genehmigung und Registrierung des Ehevertrages, der Güterstandsänderung als solcher begegnet; denn ihre autoritative Wirkung reicht gerade so weit, als die durch die Güterstandsänderung bedingten Vermögens-

1) Sie gehören zum eingebrachten Gut der Ehefrau. Egger, Art. 195 N. 9, Denzler 60, M. Eulau 43 Anm. 1, Liebrich, Vom Recht d. Ehemannes am eingebrachten Frauengut, Diss. Basel 1929, 64; BGE 52 II 7, Bern. Reg. Rat, MBVR 12, 278, SJZ 11, 334. a.A. Jos. Huber 21 und Gmür, Art. 195 N. 34, wobei er aber in N. 19 zu Art. 177 gleichwohl die Genehmigung gemäss Abs. 2 zu Verfügungen über diese Forderungen verlangt. Siehe auch Anm. 2.

2) Egger, Art. 189 N. 5 (im Gegensatz zu Art. 177 N. 2, 248 N. 6), Bosshardt 35 ff. ("Rechtsgeschäfte unter Ehegatten und güterrechtliche Auseinandersetzung. Dies sind nicht Gegensätze, sondern zwei Begriffe, die sich zum Teil decken". Vgl. indessen auch S. 40: "Die Geschäfte der Zwischenliquidation bedürfen ohne Ausnahme, also unabhängig davon, ob sie das eingebrachte Gut der Ehefrau oder das Gesamtgut betreffen, der Eintragung im Güterrechtsregister und der Publikation..."). Speziell zur Tilgung von Ersatzforderungen durch Vermögenszuweisung BGE 45 III 172, 46 II 352 (anders dagegen BGE 62 II 198 bei Uebertragung vertretbarer Wertpapiere, in welchem Falle die Genehmigung als entbehrlich bezeichnet wurde. Vgl. S. 167 Anm. 2 a.E.).

3) a.A. Egger, Art. 177 N. 2, Weiss 32 ff.

4) Siehe S. 112.

verschiebungen von Gesetzes wegen eintreten, nicht aber, soweit noch eine besondere Auseinandersetzung notwendig und hierin den Ehegatten freie Hand gelassen ist. Ist zudem die Güterstandsänderung die Folge eines Wohnsitzwechsels, so findet nicht einmal bei der Güterstandsänderung als solcher eine behördliche Mitwirkung oder Registrierung statt. Genehmigung und Registrierung der Auseinandersetzungsgeschäfte bilden eine notwendige Ergänzung zu Art. 181 Abs. 2 und 3, ohne welche das Schutz- und Publizitätssystem des Gesetzes eine empfindliche Lücke aufweisen würde. Es ist daher nicht anzunehmen, dass sie dadurch, dass sie in Art. 177 Abs. 2 und 248 nicht erwähnt werden, davon hätten ausgenommen werden sollen. Es wäre eine nicht verständliche Inkonzernierung. Unter Art. 177 Abs. 2 fallen daher ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund alle Rechtsgeschäfte vermögensrechtlicher Natur¹⁾, die eine Veräusserung oder eine Belastung des eingebrachten Frauengutes und des Gesamtgutes bewirken²⁾, soweit das Gesetz sie nicht durch eine besondere Regelung davon ausnimmt, wie dies für den Ehevertrag und Erbvertrag zutrifft³⁾, nicht aber für die Auseinandersetzung.

Gehen die Ehegatten zu vertraglicher Gütertrennung oder zum ausserordentlichen Güterstand über, so gewinnen sie nach herrschender Auffassung ihre volle Handlungsfähigkeit zurück, und entfällt das Erfordernis der behördlichen Genehmigung und Registrierung der Rechtsgeschäfte zur Liquidation der Güterverbindung und Gütergemeinschaft⁴⁾. Geht man indessen auf den Zweck der Genehmigungs- und Registrierungspflicht zurück, so ergibt sich, dass die Gründe, die während der Güterverbindung und Gütergemeinschaft dafür sprechen, auch nach Eintritt der Gütertrennung bis zur vollständigen Liquidation gegeben sind. Ob die Gütertrennung nicht wichtigen Interessen der Ehefrau widerspricht, erweist sich erst vollständig in der Art und Weise

1) In diesem Sinne ZR 34 Nr. 160: "Denn völlig unberührt (von Art. 177 Abs. 2) bleiben nur Verträge unter Ehegatten, welche keinen vermögensrechtlichen Inhalt haben". Ebenso Gampert 25, 46, 55, Ganzoni 228, M. Eulau 112.

2) BR in SJZ 10, 70, Egger, Art. 177 N. 9, Ganzoni 206, 210, M. Eulau 108. Abweichend hält Gampert die Genehmigung nur für Verfügungen erforderlich, S. 46.

3) Gampert 25, 46, M. Eulau 112, 114, Gmür, Art. 177 N. 18, wobei er aber die Auseinandersetzungsgeschäfte ebenfalls von Abs. 2 ausnehmen will.

4) Gmür, Art. 189 N. 12, 177 N. 19, 181 N. 21, 248 N. 4, 6; Egger, Art. 177 N. 8 a.E. (anders in 1. Aufl., Art. 179 Anm. 2d), Erny 78, Ganzoni 207 und 226, Ferner die Praxis: BR i.S. Flachon-Cornu, Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 1297 IV = SJZ 10, 307, Just. Abt. VEB 8, 67 Nr. 38 (=ZBGR 21, 31), ZR 21 Nr. 82, ZBJV 71, 191.

Die Genehmigung verlangen Bosshardt 36, Burckhardt-Passavant (bei Uebergang von Gütergemeinschaft zu Gütertrennung) ZSR 28, 349, 363, Vogel, ZBJV 50, 124, Droin 191, ("une interprétation restrictive serait de nature à faciliter aux époux les moyens d'éluder la loi"), Tabin 110 (bezügl. die Tilgung von Ersatzforderungen aus Art. 201 Abs. 3), Martin ZSR 47, 119a, Reg. Rat Bern, MBVR 32, 446 = ZBGR 16, 76 (mindestens für die Zeit, welche die Auseinandersetzung angemessenerweise dauern darf) und die ältere Praxis der Vormundschaftsbehörde Bern, mitgeteilt von Vogel a.a.O. - Abweichend verlangt M. Eulau 209 für die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft vormundschaftliche Genehmigung, wogegen er die Registrierung ablehnt.

der Auseinandersetzung, der Gesamtgutsteilung, Ausrichtung des Vorschla-
ges, Behandlung der Ersatzforderungen, namentlich wegen der Gefahr des
Verlustes des Konkursprivilegs für die in der Auseinandersetzung ungedeckt
bleibenden Forderungen. Wohl kann eingewendet werden, dass die Gefahr
einer unzulässigen Beeinflussung und Benachteiligung eines Ehegatten bei
Gütertrennung nicht nur bei der Auseinandersetzung, sondern auch in andern
Richtungen besteht¹⁾, das Gesetz aber trotzdem davon abgesehen hat, die
Genehmigungspflicht allgemein auch auf diesen Güterstand auszudehnen.
Es ist ja auch die durch das eheliche Verhältnis als solchem bedingte ge-
genseitige Abhängigkeit, die diese Gefahren schafft, sodass dem Gesetz
mit Grund eine gewisse Inkonsequenz vorgeworfen werden kann. Das Ge-
setz beschränkt nun aber seine besondern Vorkehren auf einzelne Fälle,
in denen diese Abhängigkeit und Gefahr der Beeinflussung besonders akut
werden kann: beim Ehevertrag (Art. 181), dort, wo das eheliche Vermögen
von Gesetzes wegen der Verwaltung des Ehemannes untersteht (Art. 177
Abs. 2) und bei Interzession der Ehefrau zugunsten des Mannes (Art. 177
Abs. 3). Diesem Aufbau des Institutes entspricht es, wenn die Genehmigung
bei Gütertrennung auch mit Bezug auf die unter Güterverbinding oder Gü-
tergemeinschaft stehende Ehesteuern verlangt und auf die Auseinandersetzung
erstreckt wird, solange eben die Güterverbinding und Gütergemeinschaft
nicht liquidiert sind, in einzelnen Beziehungen (Ersatzforderungen, ungeteil-
tes Gesamtgut) fortbestehen und die Verwaltung des Mannes andauert. Auch
wenn die Ehefrau unter Gütertrennung als voll handlungs- und dispositions-
fähig angesehen wird, so ist zu beachten, dass diese Rechtsverhältnisse aus
dem früheren Güterstand resultieren, unter welchem sie gezwungenermassen
Gläubigerin des Mannes wurde und ihr Vermögen in seine Verwaltung und
Dispositionsgewalt zu geben hatte; sie beruhen nicht auf ihrem unter der
Gütertrennung frei geäusserten Willen²⁾.

Im Aussenverhältnis fällt ins Gewicht, dass mit der Publikation der
Gütertrennung noch keine Klarheit über die Art und Weise der Auseinander-
setzung geschaffen ist, ja nicht einmal darüber, ob eine solche überhaupt
stattfindet. Diese fehlt allerdings auch dort, wo das eheliche Vermögen von
Gesetzes wegen in die ursprünglichen Eigengüter zerfällt, d.h. bei Eintritt
des ausserordentlichen Güterstandes, Art. 189. Doch ist es hier ohne gröss-
eren Nachteil, weil bei Gütertrennung zufolge Konkurses oder Auspfändung
die Liquidation ohnehin schon vor der Publikation der Güterstandsänderung
durchgeführt wird, sodass nur noch die selteneren Fälle richterlicher Güter-
trennung (Art. 183-184, 145, 155, 170) in Betracht kommen, in welchen die
Ausscheidung der Eigenvermögen ohne irgendwelche Publizität erfolgt. Von
viel grösserer praktischer Bedeutung wäre es, wenn im Hauptfall vertrag-

1) Insbesondere wenn die Ehefrau die Verwaltung ihres Vermögens dem Manne überträgt,
Art. 242 Abs. 2.

2) Vgl. auch Schultheiss 92 Anm. 351 zur Rechtfertigung des Frauengutsprivilegs nach
eingetretener Gütertrennung.

lichen Güterstandswechsels, bei vertraglicher Gütertrennung¹⁾, für die Auseinandersetzung die Registrierung und Publikation nicht verlangt würde. Während bei einem Wechsel zwischen Güterverbindung und Gütergemeinschaft und ihren Zwischenformen sich die Eigentumsveränderungen in relativ bescheidenen Grenzen halten, wozu Dritte durch die Eigentumsvermutungen (Art. 193, 196 Abs. 1, 215 Abs. 3) bei rechtsgeschäftlichem Erwerb und in der Zwangsvollstreckung einen weitgehenden Schutz geniessen, reichen bei der Gütertrennung die Vermögensverschiebungen in der Regel viel weiter, bei gleichzeitigem Verlust der besondern güterrechtlichen Beweisvorschriften, sodass sich die Auseinandersetzung ausser den sachen- und obliigationenrechtlichen Publizitätsformen in sehr weitgehender Anonymität vollziehen würde. Damit wäre aber auch die Durchführbarkeit des Gläubigerschutzes nach Art. 188 gerade im häufigsten Fall güterrechtlicher Auseinandersetzung während der Ehe in Frage gestellt, da den Gläubiger die Beweislast für die güterrechtliche causa eines Vermögensüberganges trifft, der er, wenn er sich nicht auf ein öffentliches Register und die dazu gehörigen Belege stützen kann, nur schwer zu genügen vermag²⁾ Die Publizität der Auseinandersetzung bildet eine notwendige Ergänzung der güterrechtlichen Publizitätsordnung des Art. 248, ohne welche Art. 188 nur sehr bedingt wirksam wäre. Stellt man daher auf den Schutzzweck der Art. 177 Abs. 2 und '248 ab, so erscheint eine ausdehnende Interpretation in dem Sinne unerlässlich³⁾, dass das eingebrachte Frauengut und Gesamtgut solange als bestehend angesehen werden, als das Gesamtgut und die zum eingebrachten Gut der Frau gehörenden güterrechtlichen Forderungen nicht liquidiert worden sind, und Rechtsgeschäfte, die sich zum Zwecke der Liquidation darauf beziehen, solange auch der Genehmigungs- und Registrierungspflicht unterliegen⁴⁾.

1) Ende 1945 lauteten von total 33652 eingetragenen Eheverträgen 31720 auf Gütertrennung.

2) Daher unrichtig ZR 21 Nr. 82: "Es besteht auch kein Interesse Dritter an der Publikation; denn durch die Publikation der Gütertrennung wissen die Gläubiger, dass die Trennung ausgeführt wird". Aehnlich Bern. App. Hof, ZBJV 71, 191 u. Reg. Rat Aargau, ZBGR 8, 175. Es besteht weder ein Zwang zur Durchführung der Auseinandersetzung, noch ist die Art und Weise einer solchen aus der Publikation ersichtlich.

3) Egger, Art. 177 N. 8 und mit Rücksicht auf Art. 188 Martin, ZSR 47, 120a.

4) Wird dieser Weg ausdehnender Interpretation des Begriffs des Gesamtgutes und des eingebrachten Frauengutes für nicht gangbar gehalten - ablehnend z.B. ZR 21 Nr. 82, da nach Eintritt der Gütertrennung begrifflich kein eingebrachtes Gut mehr vorhanden sei - so erscheint es unerlässlich, insbesondere auch aus dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörde, dass die Auseinandersetzung im Gütertrennungsvertrag geregelt wird und die Behörde die Zustimmung zur Gütertrennung verweigert, solange sich die Ehegatten hierüber nicht verbindlich ausgesprochen haben. In diesem Sinne Hofmann, Die Vormundschaftsbehörde als familienrechtliches Kontrollorgan, ZBJV 82, 402, Martin, ZSR 47, 119a. Vogel, ZBJV 50, 125. "Wenn die Interessen der Frau bei Abschluss von Gütertrennung im besondern gewahrt werden sollen, so muss dieser Ehevertrag mit allen seinen Konsequenzen durch die Vormundschaftsbehörden geprüft werden und darf nicht als etwas völlig Isolier-

§ 19. Vermögensübergang und Haftungsentzug.

a) Haftungsentzug.

Art. 179 Abs. 3 spricht allgemeiner als Art. 188 davon, dass durch Ehevertrag die bisherige Haftung nicht beeinträchtigt werden dürfe (*ne peut porter atteinte ... non può però pregiudicare i diritti dei terzi*). Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 179 Abs. 3 ergibt sich jedoch, dass er lediglich eine Verweisung auf Art. 188 darstellt und ihm trotz des abweichenden Wortlautes keine weitergehende, selbständige Bedeutung zukommt¹⁾. Es ist auf die engere Fassung des Art. 188 Abs. 1 abzustellen, der lediglich besagt, dass Vermögen einer einmal begründeten Haftung nicht entzogen werden könne, eine Beeinträchtigung der Haftungsrechte in anderer Richtung aber nicht ausschliesst.

Eine solche Beeinträchtigung ist möglich durch eine Vermehrung der deckungsberechtigten Passiven. Schliessen die Ehegatten einen Vertrag auf allgemeine oder beschränkte Gütergemeinschaft, so wird das gesamte Mannesvermögen, auch soweit es Einhandgut des Mannes bleibt, mit den Vollschulden der Ehefrau belastet, Art. 219 Ziff. 1. Umgekehrt beschweren die Passiven des Mannes das Gesamtgut gewordene Frauenvermögen, Art. 219 Ziff. 1 und 3. Werden Stücke des eingebrachten Gutes der Ehefrau oder des Gesamtgutes zu ehefraulichem Sondergut ausgeschieden, so treten ihre Sondergutsgläubiger, die bisher keinen Anspruch auf Befriedigung aus diesen Werten besaßen, mit den bis anhin allein zugriffsberechtigt gewesenen Vollgläubigern in Konkurrenz. Schliesslich tritt eine Vermehrung der Passiven dort ein, wo zufolge Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung Vermögen auf den andern Ehegatten übergeht. Es bleibt dieses Vermögen zwar nach Massgabe von Art. 188 den bisher berechtigt gewesenen Gläubigern verhaftet, sie erleiden aber die Konkurrenz der Gläubiger des andern Ehegatten, soweit diese ihre Forderungsrechte nach dem Vermögensübergang erworben haben²⁾. In einer solchen Vermehrung der deckungsberechtigten Passiven kann eine sehr empfindliche Beeinträchtigung der Stellung der bisherigen Gläubiger liegen, die jedoch auf Grund von Art. 188 nicht

tes betrachtet werden", Hofmann a.a.O. Vgl. auch Bern. Just. Dir., ZBGR 1926, 252 (zu Art. 177 Abs. 2), wo die Vormundschaftsbehörde als berechtigt erklärt wird, die Genehmigung an Bedingungen zu knüpfen. Dementsprechend verlangt die Vormundschaftsbehörde Bern bei Bestehen von ungedeckten Frauengutsforderungen deren Bezeichnung als Ehesteuer unter Güterverbindung, Hofmann a.a.O.

Ablehnend Reg. Rat Aargau, ZBGR 8, 175 (Kreisschreiben), ausgehend von der u. E. unzutreffenden Ansicht, der Vertrag wirke mit der Eintragung in jedem Fall ipso iure, sodass sich die Vormundschaftsbehörde nicht darum zu kümmern habe, ob die Auseinandersetzung noch weitere Rechtshandlungen erforderlich mache.

1) S. 79.

2) Vgl. S. 225.

verhindert werden kann; denn Art. 188 gewährt keinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung der bisherigen Gläubiger aus dem haftbar gewesenen Vermögen. Eine Rechtshandlung, die zu einer solchen Vermehrung der Passiven führt, ist höchstens nach Schuldbetreibungsrecht anfechtbar, sofern sie mit der Absicht der Gläubigerbenachteiligung erfolgt¹⁾.

Art. 188 garantiert nur die Zugriffsrechte auf das im Zeitpunkt der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung vorhandene Vermögen, verhindert aber nicht den Verlust der Haftung an zukünftig den Ehegatten anfallenden Vermögenswerten. So gehen die Gläubiger der Ehefrau des Zugriffs auf die künftigen natürlichen Früchte, Miet- und Pachtzinse, Kapitalerträge des Frauengutes verlustig, wenn Gütertrennungsgut (Sondergut) der Ehefrau durch Uebergang zu Güterverbindung, Bestellung einer Ehesteuer, Aufgabe von vertraglichem Sondergut in eingebrachtes Gut umgewandelt wird. Umgekehrt verlieren die Mannesgläubiger einen Anspruch auf die zukünftigen Erträge des Frauengutes bei Uebergang von Güterverbindung (Gütereinheit) zu Gütertrennung oder Ausscheidung einzelner Werte zu Sondergut der Ehefrau; denn pfändbar sind nur die einzelnen ins Mannesvermögen gefallenen Erträge, nicht aber das ehemännliche Nutzungsrecht als solches weil höchstpersönlicher Natur^{2) 3)}.

Schliesslich fallen auch gewisse mögliche Erschwerungen im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht in Betracht, die sich daraus ergeben können, dass bei Uebergang von Gütertrennung zu Güterverbindung und Gütergemeinschaft eine Betreibung fortan nach dem System des doppelten Zahlungsbefehls zu geschehen hat, und Rechtsstreitigkeiten um zu eingebrachtem Gut gewordenen Vermögenswerten der Frau fortan mit dem Ehemann als ihrem Prozessvertreter auszutragen sind. Art. 188 ist rein materiellrechtlicher Natur, garantiert aber nicht einen Fortbestand des bisherigen güterrechtlichen Verhältnisses in der Richtung, dass auch die Rechtsverfolgung nach bisherigem Güterstand vorgenommen werden könnte. Diese richtet sich immer nach dem jeweiligen Güterstand⁴⁾.

1) So ausdrücklich für den Uebergang zu Gütergemeinschaft Erl. 172, ferner sten. Bull. 1905, 675, Bächler 292, 301. Indessen dürfte die Absicht der Gläubigerbenachteiligung selten nachgewiesen werden können.

2) Gmür, Art. 188 N. 21, Egger, Art. 179 N. 17, Bosshardt 59, Bächler 292, BGE 51 III 220, 58 II 92, 62 III 150; vgl. auch BGE 39 I 261, 472.

3) Es findet auch keine Aufteilung pro rata temporis statt. Denzler 40. Vorbehalten bleibt eine Pfändung vor der Trennung nach Betreibungsrecht, Art. 94 SchKG.

4) Nicht hieher gehören die von Bosshardt 60 erwähnten Möglichkeiten einer Beeinträchtigung der Zugriffsrechte, wenn eine Forderung nicht in ihrem Bestande, sondern in ihrer Modalität verändert wird: auf Sicherheiten verzichtet oder ein Betreibungsvorrecht nicht geltend gemacht wird (z.B. durch Rangrücktrittserklärung, in welcher die Ehefrau mit ihrer Sicherungshypothek zugunsten einer Bank zurücktritt, ZBGR 17, 79). Solche Rechtshandlungen fallen nicht unter den Begriff des Ehevertrages oder der güterrechtlichen Auseinandersetzung, sodass Art. 188 schon voraussetzungsgemäss nicht zutrifft.

Bei der Frage, wann ohne Art. 188 ein Haftungsentzug eintreten würde, ist wiederum von der das eheliche Güterrecht bestimmenden Gliederung der Vermögen der Ehegatten in Sondervermögen, welche nach den ihnen zukommenden Funktionen nach aussen verschieden haften (Art. 207/208, 220/221), auszugehen. Ein Haftungsentzug tritt ein, wenn Werte aus einem Vermögen oder Sondervermögen, das nach ehelichem Güterrecht den Gläubigern eines Ehegatten verfangen ist, ausscheiden und einem andern, ihrem Zugriff entzogenen Vermögen oder Sondervermögen zugeschrieben werden. Umgekehrt liegt ein Haftungsentzug dann nicht vor, wenn nach Güterrecht oder allgemeinem Vermögensrecht und Erbrecht beide Vermögenskomplexe, derjenige, aus welchem einzelne Werte ausscheiden, oder der als Ganzes aufgehoben wird, wie derjenige, in welchen diese Werte übergehen, den Gläubigern verhaftet sind. So bei güterrechtlichen Vermögensverschiebungen aus dem Vermögen des Mannes ins Vermögen der Ehefrau bei subsidiärer Haftbarkeit der letzteren für die Haushaltschulden. Deshalb tritt auch die spezielle güterrechtliche Haftung mit dem empfangenen Vermögen vor der allgemeinen Haftung des überlebenden Ehegatten als Erbe zurück.

Unerheblich ist dabei, ob die Vermögensverschiebung zwischen zwei Gütermassen erfolgt, die im Eigentum desselben Ehegatten stehen, oder ob die durch die Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung bereicherte und der Haftung an sich entzogene Masse dem andern Ehegatten bzw. beiden Gatten zu gesamter Hand gehört. Art. 188 Abs. 1 stellt den Grundsatz der Weiterhaftung ganz allgemein auf, ohne an das Moment des Eigentumswechsels anzuknüpfen¹⁾. Doch lassen sich darnach Fälle eines Haftungsentzuges mit und ohne Eigentumswechsel unterscheiden.

b) Vermögensübergang.

Art. 188 spricht davon, dass "ein Vermögen", aus welchem die Gläubiger bis dahin Befriedigung verlangen konnten, der Haftung nicht entzogen werden könne. Er lässt den andern Ehegatten haftbar werden, wenn "ein solches Vermögen" auf ihn übergegangen ist. Aus dieser Ausdrucksweise ist verschiedentlich der Schluss gezogen worden, dass der Übergang einzelner Vermögensrechte eine Haftung nach Art. 188 nicht begründe²⁾.

1) Unrichtig Vogel, ZBJV 50, 126, der Art. 188 nur bei einem Eigentumsübergang als anwendbar betrachtet.

2) Vogel a.a.O., W. Eulau 97 Anm. 38, Bern. App. Hof, ZBJV 63 S. 96. Wenn in der letztgenannten Entscheidung vor allem damit argumentiert wird, dass den Gläubigern immer nur ein Vermögen, ohne speziellen Haftungsvertrag aber nie einzelne Sachen des Schuldners haften, so wird einmal die Möglichkeit einer gegenständlich beschränkten Haftung ausseracht gelassen. Sodann haftet das Schuldnervermögen nicht als Vermögen. In der Zwangsvollstreckung werden (unter Vorbehalt der Pfändung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen) immer nur einzelne Gegenstände, nicht aber das Vermögen als Ganzes gepfändet. Das Eigentum, die Nutzung, das Pfändungspfandrecht bezieht sich nur auf die einzelnen Sachen und Rechte als Bestandteil eines Vermögens; vgl. BGE 58 II 91: "Le droit de jouissance du mari... n'exi-

Durch eine solche, auf rein wörtlicher Interpretation beruhende Auffassung würde Art.188 weitgehend gegenstandslos. Zunächst wird in keinem Fall einer Güterstandsänderung das Gesamtvermögen eines Ehegatten vom Wechsel betroffen; das gesetzliche Sondergut ist in jedem Fall davon ausgenommen, sodass sich die Rechtsänderung immer nur auf ein Sondervermögen beziehen kann. Wo sodann bei einer Güterstandsänderung ein Vermögen im Sinne eines Sondervermögens als Ganzes seine Rechtsstellung ändert, beruht dieser Wechsel immer auf einem totalen Güterstandswechsel als dessen unmittelbare, gesetzliche Folge, sodass es nur der tatsächlichen Ausscheidung, nicht aber einer Auseinandersetzung durch Rechtsgeschäfte bedarf¹⁾. Bei der rechtsgeschäftlichen Auseinandersetzung haben wir es immer mit einer Singularsukzession in einzelne Vermögensrechte zu tun, sodass Art.188 auf die güterrechtliche Auseinandersetzung überhaupt nicht anwendbar wäre. Ferner würden alle Eheverträge ausscheiden, durch welche nicht ein Wechsel des Güterstandes herbeigeführt, sondern lediglich die verschiedenen Güter in ihrem Umfang verändert und einzelne Werte eines Sondervermögens einem andern ehelichen Gut zugewiesen werden. Auch ein solcher Vertrag kann höchstens eine Sachgesamtheit (z.B. ein Geschäftsvermögen) oder eine Gattung von Sachen (z.B. Liegenschaften, Wertpapiere) zum Gegenstand haben, wodurch aber diese Sachgesamtheit oder Gattung von Vermögensrechten noch nicht zum Sondervermögen im Rechtssinne wird. Sondervermögen sind rein rechtliche Einheiten, gebildet in den ausschliesslich vom Gesetz bestimmten Fällen auf Grund der Zugehörigkeit der Vermögensrechte zu einer bestimmten Person oder Personenmehrheit und mit besonderer Zweckbestimmung²⁾. Die einzelnen Vermögensrechte sind nur soweit Teile eines Sondervermögens, als sie die besondern gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen und solange sie sie erfüllen. Die Ehegatten können höchstens den Umfang solcher Vermögensseinheiten beeinflussen, dagegen ist ihr Bestand durch die Güterordnung gegeben und nur mittelbar, durch Güterstandswechsel und Aufhebung des diese Sondervermögen begründenden Gütersystems, der Privatautonomie unterworfen. Eine Verfügung über ein "Vermögen", eine "Vermögens"- Verschiebung liegt demnach nur dort vor, wo durch Güterstandsänderung ein Sondervermögen begründet oder aufgehoben oder aus der Zuständigkeit eines Ehegatten in diejenige des andern oder beider zu gesamter Hand übergeht, nicht aber beim speziellen Ehevertrag, wo nur die Zugehörigkeit einzelner Werte zum einen oder andern Vermögen geändert wird.

ste donc pas sur l'ensemble des biens de la femme considérés comme un tout, mais sur chaque bien particulier et pour chacun d'eux il produit son effet selon les règles qui lui sont propres". Das gilt auch für die Haftung.

1) Uebergang der eingebrachten Güter beider Ehegatten ins Gesamtgut, Bildung und Aufhebung einer Ehesteuer, Begründung und gesetzlicher Zerfall der Gütereinheit, gesetzlicher Zerfall des Gesamtgutes in die Eigengüter der Ehegatten.

2) M.Eulau 5/6, Genner 35, v.Tuhr, Allg. Teil BGB, Bd.1 331 ff.

Würde das Gesetz an diesen Begriff des Vermögens bezw. Sondervermögens anknüpfen, so hätten es die Ehegatten ohne weiteres in der Hand, z.B. durch sukzessive Bestellung von Sondergut (Art.190 Abs.1) oder durch allmähliche Beschränkung des Gesamtgutes (Art.237) die nach Gesetz oder Registereintrag bestehende Güterverbindung faktisch durch Gütertrennung zu ersetzen, ohne dass Art.188 anwendbar wäre. Eine solche Beschränkung des Anwendungsbereiches liegt nicht im Willen des Gesetzes. Wie oben festgestellt, differenziert Art.179 Abs.3 nicht zwischen Eheverträgen, die einen Güterstandswechsel und solchen, die nur eine Verschiebung einzelner Vermögensstücke von einem Sondervermögen in ein anderes, eine "Güterstandsmodifikation", bezwecken. Art.179 Abs.3 und 188 wollen vielmehr jegliche Benachteiligung der Gläubiger durch güterrechtliche Vermögensveränderungen verhindern, und das verlangt die uneingeschränkte Anwendung von Art. 188 auf Aenderungen sowohl im Bestand als auch im Umfang der haftbaren Vermögen. Unter "Vermögen" im Sinne von Art.188 ist daher jeder Vermögenswert (unbeschränkte und beschränkte dingliche Rechte, Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte) zu verstehen¹⁾.

c) Haftungsentzug ohne Eigentumsänderung.

Ein solcher tritt nur ein, wenn bei Güterverbindung, beschränkter Gütergemeinschaft mit Güterverbindung und Gütertrennung mit Ehesteuer unter Güterverbindung Sondergutsvermögen der Ehefrau in eingebrachtes Gut verwandelt wird. Er berührt nur die Rechte der Sondergutsgläubiger, die sich nur an das Vorbehalts- bezw. Gütertrennungsgut halten können. Vollgläubigern bleibt der übergegangene Vermögenswert als Bestandteil des eingebrachten Gutes weiterhin haftbar²⁾.

Die Umwandlung ist möglich durch Ehevertrag, Art. 190 Abs. 1, oder Nichtübertragung eines Sonderguts eintrages bei Wohnsitzwechsel, Art. 250 Abs. 3. Ein Haftungsentzug kann aber auch dadurch eintreten, dass gesetzliches Sondergut durch eine Aenderung des Verwendungszweckes seine Sondergutsqualität verliert. So Berufsgeräte bei Aufgabe des Berufes während der Ehe (z.B. Musikinstrumente etc.), Geschäftsvermögen bei Aufgabe des Geschäftes oder Zweckentfremdung (Verlegung eines Geschäftes aus einer Liegenschaft und Verwendung derselben zu Wohnzwecken). Wie Geschäftsvermögen durch Widmung formlos zu Vorbehaltsgut wird, so fällt es auch

1) Gmür, Art. 188 N. 7a, Egger, Art. 188 N 4 und 7 (implicite), Büchler, ZBJV 63,294, Bosshardt 65 ff. (implicite), ferner die konstante Praxis des Bundesgerichts, BGE 45 III 151, 54 III 260, 55 III 128,65 II 109, 66 II 8.

2) Droin 537, Bosshardt 63, Gmür, Art.188 N. 17, BGE 45 II 115. a.A. Vogel, ZBJV 50, 126, begründet aus seiner Auffassung, dass ein Eigentumswechsel Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art. 188 sei. Vgl. S. 174 Anm. 1.

formlos durch Aufgabe des Zwecks oder Zweckentfremdung ins Eingebachte zurück¹⁾. Liegt hierbei auch nicht eine Güterstandsänderung oder güterrechtliche Auseinandersetzung vor, so handelt es sich doch um eine unmittelbar gesetzliche Wirkung des Güterstandes, eine rein güterrechtlich bedingte Vermögensverschiebung zwischen Sondergut und eingebrachtem Gut, sodass sich die analoge Anwendung von Art. 188 rechtfertigt²⁾.

d) Haftungsentzug mit Eigentumsänderung.

A. Uebergang von Gütertrennung zu

1. Güterverbindung. Eine Eigentumsänderung erfolgt an dem von der Ehefrau eingebrachten Bargeld, nicht individualisierten Inhaberpapieren und andern vertretbaren Sachen, die mit sofortiger dinglicher Wirkung Manneseigentum werden und dadurch aus dem bis anhin den Frauengläubigern haftbar gewesenen Vermögen ausscheiden. An ihre Stelle tritt eine Ersatzforderung gegen den Ehemann, die, wenn die Gläubiger der Frau zu Verlust kommen, pfändbar ist, Art. 175 Abs. 1. Das schliesst jedoch die Anwendbarkeit des Art. 188 nicht aus. Die Ersatzforderung berührt in erster Linie das interne Verhältnis und beruht auf dem Prinzip der Unveränderlichkeit des eingebrachten Frauengutes; die Ehefrau hat zwar den Uebergang der genannten Werte in Manneseigentum zu dulden, erhält dafür aber eine unveränderliche Forderung. Das bedeutet nicht, dass sich auch die Gläubiger, denen bisher diese Werte gehaftet haben, mit einer unter Umständen sehr unsicheren Forderung gegen den Ehemann zu begnügen haben. Art. 201 Abs. 3 figuriert unter den Normen der ordentlichen Wirkungen der Güterverbindung auf das eheliche Vermögen. Es handelt sich um eine Ausnahmenvorschrift zu Art. 195 Abs. 1, nicht aber zu Art. 188. Vielmehr stehen sämtliche güterständlichen Eigentumsänderungen unter Vorbehalt der Art. 188 und 189 Abs. 1, (Vorbehalt

1) Droin 373, Bosshardt 63, Egger, Art. 190 N. 8, Rodel-Haller, Das Sondergut der Ehefrau, Diss. Bern 1942, 61 ff. und die dort zit. Literatur. Für Beibehaltung des Sondergutscharakters insb. Gmür, Art. 191 N. 18 und weitere bei Rodel-Haller a. a. O. zit. Literatur, Ob. Gericht Zürich in ZSR 19, S. 122 ff. (Entscheid auf Grund alten kantonalen Rechts). Für das deutsche Recht u. a. Baligand 58. Bei der Gütergemeinschaft vgl. Weiss 69.

2) a. A. Bosshardt 63, auf Grund wörtlicher Interpretation der Art. 179 Abs. 3 und 188. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb bescheidenes vertragliches Sondergut, das z. B. infolge der Nichtübertragung des Registereintrages bei Wohnsitzwechsel Eingebachtes wird, haften soll, nicht aber ein bedeutendes Geschäftsvermögen oder Berufsinstrumentarium bei Aufgabe des Geschäftes oder Berufs. Die Frage ist allerdings unter dem Gesichtspunkt der Garantie der Haftungsrechte von nicht sehr grosser praktischer Bedeutung, da die meisten Schulden aus der Zeit der Berufsausübung oder Geschäftsführung Vollschulden sein werden, Art. 207 Ziff. 3, sodass das Eingebachte ohnehin haftet.

der Rechte der Gläubiger)^{1) 2)}. Allerdings ist die gegenständlich beschränkte Haftung nur so lange durchführbar, als diese übergegangenen Werte in natura vorhanden sind und ausgeschieden werden können³⁾. Haben sie sich mit dem Mannesvermögen vermischt oder sind sie veräussert worden, so sind auch die Gläubiger auf die Pfändung der Ersatzforderung angewiesen.

Im übrigen findet beim Uebergang von Gütertrennung zu Güterverbindung ein Haftungsentzug nicht statt, da sämtliche im Zeitpunkt der Güterstandsänderung bestehenden Schulden Vollschulden sind, Art.207 Ziff.1, für welche die Ehefrau mit ihrem gesamten Vermögen, Eingebrahtes und Sondergut haftet, sodass die Aufteilung des Vermögens in Eingebrahtes und Sondergut bedeutungslos ist.

2. Gütereinheit, Art. 199. Systematisch kann die Eigentumseinheit als vertragliche Erweiterung der gesetzlichen Gütereinheit gemäss Art. 201 Abs.3 aufgefasst werden. Für die Haftung gelten die hiefür entwickelten Regeln, wobei die Feststellung der übergegangenen Werte durch das Inventar erleichtert ist⁴⁾.

3. Gütergemeinschaft. Ist die Gütergemeinschaft eine allgemeine, so tritt ein Haftungsentzug nicht ein. Das Mannesgut bleibt als Teil des Gesamtgutes und als Sondergut den Mannesgläubigern verhaftet, wobei diese Haftungsmasse noch um die Einbringungen der Ehefrau erweitert wird, Art.219/220 Ziff.1. Den Frauengläubigern haftet wie bis anhin sowohl das im Gesamtgut aufgegangene, als auch das Sondergut gewordene Frauenvermögen. Dazu tritt die Haftung des Mannes mit seinem Gesamtgut gewordenen Vermögen und seinem Sondergut, Art.219 Ziff.1. Für beide Gläubigerkategorien ergibt sich eine Haftungserweiterung, die möglicherweise allerdings auch mit einer vermehrten Gläubigerkonkurrenz verbunden sein kann.

1) a.A. Egger, Art. 188 N.8, Bosshardt 59, Kappeler 74,93, wobei letzterer Art.201 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 175 dem Art. 188 als Spezialbestimmung vorgehen lässt. Wie hier Büchler, ZBJV 63,300, Erny 110.

2) Gleich zu behandeln ist der Eigentumswechsel durch Eintritt von Güterverbindung infolge Verheiratung. Wenn sich Art. 188 der Absicht nach auch in erster Linie auf nachträgliche Güterstandsänderungen bezieht, so ist er doch Ausfluss eines allgemeinen Prinzips, das auf jede güterrechtlich bedingte Beeinträchtigung bestehender Haftungsrechte Anwendung zu finden hat. Die Vollhaftung für sämtliche vorehelichen Schulden ist ebenfalls eine Anwendung dieses Prinzips, sodass nicht einzusehen ist, weshalb die Eigentumsverschiebungen, die nach Art.201 Abs.3 zu Beginn der Ehe eintreten, nicht ebenfalls entsprechend behandelt werden sollen. In diesem Sinne auch Erny 82.a.A. Bosshardt 3, Knapp 78,340 (mit kaum zutreffender Begründung).

3) Vgl. hiezu S. 185 ff.

4) Ebenso Büchler 301; gegenteiliger Ansicht, wie zu Art.201 Abs.3, Bosshardt 65.

Art.188 gelangt daher nicht zur Anwendung¹⁾.

Ist die Gütergemeinschaft eine beschränkte, so gilt bezüglich des Gesamtgutes das vorstehend Gesagte. Das vom Gesamtgut ausgeschlossene Vermögen steht mangels anderer Vereinbarung unter Gütertrennung, Art.237 Abs. 2. Wird es Güterverbindungsrecht unterstellt, Art.238, so kann sich ein Eigentumsübergang nach Art.201 Abs.3 ergeben. Für die Haftung ist dies bedeutungslos, da der Ehemann den Gläubigern der Ehefrau ohnehin persönlich d.h. auch mit seinem ganzen Einhandsvermögen, in welchem diese Werte aufgegangen sind, haftbar wird, sodass die Voraussetzungen des Art.188 weder bei Uebergang zu allgemeiner noch zu beschränkter Gütergemeinschaft gegeben sind.

B. Uebergang von Güterverbindung zu

1. Gütertrennung. Erfolgt der Wechsel ex nunc, so findet ein gesetzlicher Eigentumsübergang nicht statt. Zur Tilgung der Ersatzforderung aus Art.201 Abs.3, der Ersatzforderung für aus andern Gründen fehlendes Frauengut, sowie des Vorschlagsanspruches bedarf es der rechtsgeschäftlichen Uebertragung von Mannesvermögen auf die Frau. Bei Wechsel ex tunc fallen die in Manneseigentum gelangten Frauengutswerte, soweit sie noch in natura vorhanden sind, ex lege an die Frau zurück. Die auf diese Weise vom Ehemann auf die Ehefrau übergegangenen Werte bleiben den Mannesgläubigern nach Art.188 haftbar²⁾. Ebenso den Frauengläubigern, was die Ehefrau auf Rechnung des Rückschlages an den Mann leistet.

2. Gütereinheit. Sie hat für die Vollgläubiger der Ehefrau, soweit das Inventar vertragliches oder von Dritten bestelltes Sondergut umfasst, auch für die Sondergutsgläubiger einen Haftungsentzug zur Folge. Die Geltendmachung der Weiterhaftung ist durch das obligatorische Inventar er-

1) Bächler 302 u.303 Anm.1 lehnt dagegen eine Gleichstellung der vorgütergemeinschaftlichen mit den vorehelichen Schulden (Art.219/220 Ziff.1) ab. Für vorgütergemeinschaftliche Schulden mit Sondergutsschuldcharakter (Art.208,221) hafte das Sondergut der Frau, das Gesamtgut dagegen nur bis zur Höhe des von der Ehefrau Eingebrauchten. Das Ergebnis wäre jedoch, da die Gütergemeinschaft immer nur auf Betreiben der Ehegatten eintritt (Ehevertrag, Wiederherstellungsbegehren, Art.187), eine nachträgliche gewillkürte Haftungsbeschränkung auf den Wert des Sondergutes und des in die Gemeinschaft Eingebrauchten. Art.188 will jedoch nur eine Haftungsverminderung, nicht eine Haftungsvermehrung verhindern. Eine Differenzierung der Schulden, die vor der Verheiratung, und solchen, die während der Ehe, aber vor dem Uebergang zur Gütergemeinschaft begründet wurden, ist innerlich nicht begründet und ergibt sich auch nicht aus dem Gesetz. Besteht die Gefahr, dass das Gesamtgut für Schulden der Ehefrau übermässig in Anspruch genommen werde, so sollen die Ehegatten auf diesen Güterstand verzichten. Andernfalls müssen sie dessen Wirkungen in Kauf nehmen.

2) Erny 84, Bächler 304. Unrichtig dagegen, wenn Bächler nunmehr eine unbeschränkte Haftung der Ehefrau für ihre Sondergutsschulden annimmt, a.a.O. 303. Vgl. Art.208 und hiezu S. 95 ff.

leichtert. Im übrigen vgl. die Bemerkungen zu A 1 und 2¹⁾.

3. Gütergemeinschaft. Der Wechsel von Güterverbindung zu Gütergemeinschaft erfolgt ausschliesslich durch Ehevertrag. Bei allgemeiner Gütergemeinschaft wird das bisherige güterverbindliche eheliche Vermögen (Art.194) tel quel der Gütergemeinschaft unterstellt. Die dazu gehörenden Ersatzforderungen gegen den andern Ehegatten gehen durch die Vereinigung unter¹²⁾, eine Auseinandersetzung erübrigt sich. Ist die Gütergemeinschaft eine beschränkte, so richtet sich die Zusammensetzung des Gesamtgutes nach dem Gemeinschaftsvertrag. Dieser bestimmt daher auch, ob und wie weit eine Auseinandersetzung der Güterverbindung stattfindet. Für die Gläubiger der Frau ist diese Auseinandersetzung bedeutungslos, da ihnen neben dem Gesamtgut auch das Einhandgut beider Ehegatten haftet und allfällige Leistungen der Ehefrau ins Einhandgut des Mannes nicht entfremdet werden. Wohl aber ist dies für die Mannesgläubiger der Fall bei der Tilgung güterrechtlicher Ansprüche der Ehefrau durch Leistungen des Mannes in ihr Einhandgut unter Güterverbindung. Im Umfang solcher Leistungen ist Art.188 anwendbar.

C. Uebergang von Gütergemeinschaft zu

1. Gütertrennung. Wirkt der Wechsel ex nunc (bei Ehevertrag), so bedarf es der Gesamtgutsteilung nach sachenrechtlichen Regeln, Art.654 in Verbindung mit Art.650/51. Wirkt die Gütertrennung von Gesetzes wegen auf den Zeitpunkt der Eheschliessung zurück, so zerfällt das Gesamtgut unmittelbar mit Eintritt der Gütertrennung in die ursprünglichen Eigengüter, soweit sie noch in natura vorhanden sind oder durch Ersatzanschaffungen oder Surrogate vertreten werden. Die Errungenschaft bleibt Gesamtgut, ebenso diejenigen Werte, deren Herkunft nicht mehr feststellbar ist. Dieser Gesamtgutsrest wird ebenfalls rechtsgeschäftlich nach den Regeln des Güterstandes oder des Ehevertrages geteilt. Was durch Teilungsgeschäfte oder gesetzlichen Heimfall aus dem Gesamtgut ins Eigentum der Ehefrau übergeht, scheidet aus der den Mannesgläubigern bisher zur Befriedigung dienenden Masse aus, da die Ehefrau - mit Ausnahme der Haushaltschulden - nach Güterrecht für die Gesamtgutsschulden des Mannes nicht persönlich haftet,

1) Im Resultat gleich Bächler 301.

2) O. Müller 64. Erübrigt sich auch eine Auseinandersetzung der Güterverbindung zur Herbeiführung der der Gütergemeinschaft entsprechenden Rechtslage, so ist die Art und Weise des Ueberganges für die Auseinandersetzung bei einer späteren Gütertrennung nicht bedeutungslos. Wird die Güterverbindung güterstandsgemäss auseinandergesetzt, so gehört zu den Einbringungen ins Gesamtgut bzw. zu ihrem Eigengut (Art.189), was die Ehefrau als Vorschlagsanteil empfangen hätte. Bei Rückwirkung der Gütergemeinschaft wird der gesamte Ueberschuss als Errungenschaft behandelt.

Art.220 Abs.3. Für diesen Fall statuiert Art.227 Abs.3 die Weiterhaftung der auf die Frau entfallenden Gesamtgutswerte¹⁾. Dagegen tritt für die Vollgläubiger der Ehefrau durch Zuweisung von Gesamtgutsubjekten an den Ehemann ein Haftungsentzug nicht ein, da der Ehemann für die durch die Ehefrau zu Lasten des Gesamtguts begründeten Schulden auch nach Auflösung der Gütergemeinschaft persönlich haftbar bleibt²⁾, und über die persönliche Haftung der beiden Ehegatten die aus dem Gesamtgut ausgeschiedenen, ins Alleineigentum des einen oder andern Gatten gelangten Werte dem Gläubigerzugriff unterliegen. Art 227 Abs.1 und Abs.3 bilden reine Anwendungsfälle des in Art.188 statuierten Prinzips³⁾. Eine Abweichung enthält nur Abs. 2, der der Ehefrau ein Ausschlagungsrecht einräumt. Es versteht sich aber auch bei Art.188, dass die Ehefrau der Haftung entgeht, wenn sie sich weigert, das ihr in der Auseinandersetzung Zugeschante anzunehmen, oder, wo der Vermögensanfall mit unmittelbar dinglicher Wirkung eintritt, das Empfangene den Gläubigern zur Verfügung stellt. Die in Art.227 Abs.2 zu Art.188 bestehende Differenz ist somit wesentlich formeller Natur.

2. Güterverbindung. Der Uebergang vollzieht sich ex nunc, sei es durch Ehevertrag (Aufhebungsvertrag) oder Unterlassung der Uebertragung des Registereintrages bei Wohnsitzwechsel. Nur eine ausländische Gütergemeinschaft wird bei Wohnsitznahme in der Schweiz rückwirkend aufgehoben und durch Güterverbindung ersetzt, Art.19,20 NAG. Bargeld, vertretbare Inhaberpapiere und andere vertretbare Sachen werden Alleineigentum des Mannes, Art.201 Abs.3, im übrigen bedarf es der rechtsgeschäftlichen Liquidation. Auch hier gilt, dass die Ehefrau mit dem, was sie aus dem Gesamtgut zu Alleineigentum übernimmt, den Mannesgläubigern nach Art.227 Abs.3 haftet. Im übrigen tritt ein Haftungsentzug nicht ein.

Gleiches gilt beim Uebergang von allgemeiner zu beschränkter Gütergemeinschaft mit Güterverbindung bezüglich der gemäss Ehevertrag aus dem Gesamtgut ausscheidenden Werte.

1) Huber, Vorträge, 128.

2) Egger, Art.227 N.2, Gmür, Art.227 N.5. Im Resultat gleich Bosshardt 57, jedoch mit abweichender Begründung: Nach Bosshardt begründet die Gütergemeinschaft eine gesetzliche Mitverpflichtung des Mannes für die Vollschnulden der Frau, die bei der Auflösung der Gütergemeinschaft erlischt, wobei jedoch das Mannesvermögen den Frauengläubigern nach Art.188 haftbar bleibt. Nach Cuttat S. 77 u. 100 haftet in der Errungenschaftsgemeinschaft der Ehemann nicht persönlich für die Vollschnulden der Frau, sodass der Uebergang von Gesamtgutswerten ins Manneseigentum zu einem Haftungsentzug und zur Anwendung von Art. 188 Abs. 2 führen würde. So auch die Liquidation im Todesfall.a.a.O. S.100.

3) Egger, Art.227 N.4. Nach Böhler, 300,306 gelangt Art.227 nur im Todesfall zur Anwendung, während in allen andern Liquidationsfällen Art.188 anwendbar ist, insbesondere auch bei Uebergang zur Güterverbindung, S.300.

3. Gütereinheit. Der Uebergang des Gesamtgutes oder eines Teils desselben ins Alleineigentum des Mannes ändert kraft der fortbestehenden persönlichen Haftbarkeit des Mannes für die das Gesamtgut belastenden Verpflichtungen der Ehefrau am Bestand des haftbaren Vermögens nichts¹⁾. Nur soweit ein nicht ins Inventar aufgenommener Gesamtgutsrest rechtsgeschäftlich liquidiert wird und die Ehefrau dabei Vermögen zu Alleineigentum übernimmt, wird sie den Mannesgläubigern nach Art.227 Abs.3 haftbar (vgl. C 1 und 2).

D. Uebergang von Gütereinheit zu

1. Gütertrennung. Die Gütertrennung als ausserordentlicher Güterstand (wie auch Scheidung) hebt die Gütereinheit mit unmittelbarer Wirkung auf die dinglichen Rechte auf. Eine Auseinandersetzung erübrigt sich, soweit nicht Ersatzansprüche bestehen bleiben. Wird dagegen die Eigentums-einheit durch Vertrag aufgehoben, so tritt ein Vermögensheimfall nicht ein²⁾; es bleibt der Vereinbarung der Ehegatten überlassen, auf welche Weise die Ersatzforderung der Ehefrau getilgt werden soll, ob z.B. durch die Rücknahme der einstigen Frauengutswerte, soweit sie noch in natura vorhanden sind. Im Umfang des gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vermögensübergangs vom Manne auf die Frau bleibt den Mannesgläubigern nach Art.188 der Zugriff gewahrt und zwar sowohl bei der Gütereinheit des alten wie des neuen Rechts³⁾. Den Gläubigern der Frau haftet nach altem Recht der Ehemann unter bestimmten Voraussetzungen zudem persönlich als Schuldner⁴⁾, nach neuem Recht dagegen nur als Schuldner der Ersatzforderung, Art.199; diese Haftung erlischt mit der Tilgung der Ersatzforderung, sodass sich die Frauengläubiger allein an das von der Ehefrau empfangene Vermögen zu halten haben.

1) Bächler 301.

2) Bächler 298 für die Gütereinheit des neuen Rechts, während er für die Aufhebung der altnormischen Gütereinheit Rückwirkung annimmt. Die gesetzliche Wirkung der Güterstandsänderung kann aber in einen und andern Fall nur dieselbe sein.

3) BGE 45 II 110,54 III 260, Bächler 305.

4) Es sind im wesentlichen die Schulden, die den Vollschulden nach neuem Recht entsprechen: die vorehelichen Schulden der Ehefrau, Schulden, die mit dem ihr während der Ehe anfallenden Vermögen verbunden sind (Grundpfand-, Erbschaftsschulden), Verpflichtungen, welche die Ehefrau mit Einwilligung des Ehemannes kontrahiert hat (ohne selbst Schuldnerin zu werden), sowie die Geschäftsschulden der Frau (wobei die Frau solidarisch mitverpflichtet ist), nicht dagegen die Deliktsschulden. Vgl. E.Wyss, Die Rechtsstellung althern. Ehegatten, 104 ff., Art.144 Ziff.2 bern. EG z.ZGB. (Soweit diese Bestimmung die Haftung des Mannes einschränkt, kommt ihr keine rückwirkende Kraft zu. Der Uebergang richtet sich nach Art. 11 SchIT ZGB. Mutzner, ZSR 34,257/258, E.Wyss 135 ff.). Ein Schuldübergang mit Aufhebung der Gütereinheit ist nicht anzunehmen, Bächler 299. Die Ehefrau haftet daher für ihre bisherigen Verpflichtungen weiterhin beschränkt mit dem Sondergut (Bächler 299), für die Mannessschulden beschränkt mit dem Empfangenen. Wyss S.135 ff.

2. Güterverbindung. Sie wirkt in jedem Fall ex nunc ¹⁾. Ein gesetzlicher Rückfall des Frauengutes erfolgt daher nicht. Im übrigen gilt das zu Ziff.1 Gesagte.

3. Gütergemeinschaft. Der Uebergang hat keine Beeinträchtigung der Haftung zur Folge. Was Gesamtgut wird, war bei der altrechtlichen Gütereinheit schon bisher als Mannesvermögen den Gläubigern beider Ehegatten verhaftet. Bei der neurechtlichen Gütereinheit tritt für die Frauengläubiger an die Stelle der bisher haftenden Ersatzforderungen das Gesamtgut als Haftungssubstrat, und daneben wird ihnen der Ehemann gemäss Art.219 Ziff.1 nunmehr direkt und persönlich haftbar. Den Mannesgläubigern bleibt das Gesamtgut als Exekutionsobjekt erhalten; es ändert nur dessen Zuständigkeit, indem die Ehefrau neben den Mann als Eigentümerin tritt (Subjektsvermehrung) ²⁾.

E. Bestellung und Aufhebung einer Ehesteuer.

Sie steht je nach Vertrag unter Güterverbindungs-, Gütereinheits- oder Gütergemeinschaftsrecht. Für ihre Bestellung treffen die für den Uebergang zu diesen Güterständen festgestellten Verhältnisse zu.

Das hat prinzipiell auch für die Aufhebung der dos zu gelten, doch sind folgende Abweichungen am Platz:

1. Im Gegensatz zu den Sondervermögen der andern Güterstände beruht die Ehesteuer sowohl hinsichtlich ihres Bestandes als auch ihres Umfanges allein auf Vertrag. Wird dieser Vertrag durch speziellen Aufhebungsvertrag beseitigt, so fallen die Werte der dos inklusive Surrogate und Ersatzanschaffungen mit unmittelbar dinglicher Wirkung an die Ehefrau zurück. Wird dagegen die Gütertrennung mit Ehesteuer dadurch aufgehoben, dass die Ehegatten bei einem Wohnsitzwechsel eine Uebertragung des Registereintrages unterlassen, so wirkt die Güterverbindung nicht zurück. Eine dos unter Gütereinheit bleibt, da sie mit der Güterverbindung nicht unvereinbar ist, Eigentum des Mannes, wogegen die Ehefrau ihre Ersatzforderung behält, und nur eine dos unter Gütergemeinschaft fällt ipso iure ins eingebrachte Gut der Ehefrau. Da sie gesamthaft aus dem Vermögen der Ehefrau stammt, besteht in diesem speziellen Fall kein Grund, das Gesamtgut extern fortbestehen zu lassen; denn abgesehen vom Ersatz für Fehlendes erübrigt sich eine Auseinandersetzung.

2. Haftet die Ehesteuer unter Güterverbindung und Gütergemeinschaft nur für die mit Einwilligung des Mannes eingegangenen und die gesetzlichen Vollschnlden der Frau, so fällt entgegen Art.208,221 mit der Aufgabe der Ehesteuer jede Haftungsbeschränkung dahin; denn eine dauernde Haftungsbe-

1) Böhler 298

2) Böhler 302.

schränkung ist mit dem System der Gütertrennung nicht vereinbar¹⁾. So jedenfalls, wenn die Ehesteuern unabhängig von einem früheren Güterstand errichtet worden ist. Wurden dagegen bei Uebergang von Güterverbindung oder Gütergemeinschaft zu Gütertrennung Teile des eingebrachten Gutes der Ehefrau, z.B. ihre Ersatzforderungen, oder ein ihr zukommender Gesamtgutsanteil als Ehesteuern bestellt, so dauert die Haftungsbeschränkung fort, nicht als eine Wirkung der Bestellung zur Ehesteuern, sondern als Nachwirkung des früheren Güterstandes.

F. Bestellung und Aufgabe von Sondergut bei Gütergemeinschaft:

Im Gegensatz zur Güterverbindung²⁾, hat hier die Bestellung und die Aufgabe von Sondergut einen Eigentumswechsel von Allein- zu Gesamteigentum, bzw. Gesamt- zu Alleineigentum zur Folge. Eine Vermögensverschiebung zwischen dem Einhandgut des Mannes und dem Gesamtgut ist jedoch für die Gläubiger beider Ehegatten bedeutungslos, da mit dem Gesamtgut in jedem Fall auch das Einhandgut des Mannes haftet, Art.219 in Verbindung mit Art.220. Dagegen schmälert der Uebergang von Gesamtgutsgegenständen ins Sondergut der Ehefrau die Haftungsrechte der Mannesgläubiger, ein Uebergang von Sondergutsubjekten der Ehefrau ins Gesamtgut die Rechte der Sondergutsgläubiger der Frau; insoweit ist Art.188 anwendbar.

Zusammenfassend wird in folgenden Fällen eine Weiterhaftung mit dem empfangenen Vermögen begründet:

1. Uebergang von Vermögen des Mannes ins Alleineigentum der Ehefrau:

Rückfall der nach Art. 201 Abs. 3,199,247 auf den Ehemann übergegangenen Werte an die Ehefrau,

Tilgung von Frauengutsforderungen, Art. 201 Abs. 3,199,247 und Art. 212/213, soweit der Ehemann als Verwalter für den Frauengutsverlust verantwortlich ist,

Ausrichtung des Vorschlagsanteils der Ehefrau. Art. 214.

1) Egger, Art.247 N.6: "Die Regeln über die Güterverbindung kommen nur zu übertragener Anwendung". Anders Gmür, Art.247 N.15 und dort zit. Autoren, welche eine dauernde Haftungsbeschränkung analog Art.208,221 annehmen.

Weil die Anwendung der entsprechenden Güterstandsregeln auf die Ehesteuern nur eine übertragene ist, würden wir bei einer Ehesteuern unter Gütergemeinschaft eine persönliche Haftung des Ehemannes für die die Ehesteuern belastenden Vollschulden der Ehefrau (Art.219, 220) verneinen, da eine solche mit dem System der Gütertrennung in Widerspruch steht. Der Unterschied zur Gütergemeinschaft (z.B.beschränkte Gütergemeinschaft mit Gütertrennung) darf nicht verwischt werden.

2) Vgl. S.176.

2. Uebergang von Gesamtgutswerten ins Alleineigentum der Ehefrau, sei es zu eingebrachtem Gut (bei beschränkter Gütergemeinschaft mit Güterverbindung oder Güterstandswechsel zu Güterverbindung), zu Gütertrennungsgut (bei beschränkter Gütergemeinschaft mit Gütertrennung oder Güterstandswechsel zu allgemeiner Gütertrennung) oder zu Sondergut.
3. Uebergang von Vermögenswerten der Ehefrau ins Alleineigentum des Ehemannes nach Art. 199,201 Abs. 3, und 247, sowie bei Leistungen der Ehefrau aus ihrer Verpflichtung zur Tragung des Rückschlages gemäss Art. 154 Abs. 2, 189 Abs. 2, 214 Abs. 2 und 3, 240 Abs. 2 und 3.
4. Uebergang von Sondergutswerten der Ehefrau ins eheliche Vermögen (eingebrachtes Gut der Ehefrau oder Gesamtgut), Aufhebung des Sondergutes, Art. 208,221.

Die Weiterhaftung besteht in Ziff.1 und 2 zugunsten der Mannesgläubiger, in Ziff.3 zugunsten der Voll-, event. auch Sondergutsgläubiger der Ehefrau und in Ziff.4 allein zugunsten der Sondergutsgläubiger der Frau.

§ 20. Die Rechte der Gläubiger am übergegangenen Vermögen. Untergang der Haftung.

Es sind keine andern Rechte als vor dem Vermögensübergang: das Recht, im Falle der Nichterfüllung der Obligation auf dem Wege der Zwangsverwertung aus dem Erlös dieser Objekte befriedigt zu werden; ein Pfändungspfandrecht ohne dingliche Wirkung, ohne Vorzugsrecht.

Vor dem Vermögensübergang richtet sich das Zugriffsrecht gegen das ganze Schuldnervermögen oder ein Sondervermögen, wobei die einzelnen Werte nur als Bestandteile dieses Vermögens oder Sondervermögens davon erfasst werden; ein Generalpfändungspfandrecht, das im Zeitpunkt der Pfändung, mit der Aufnahme der Vermögensobjekte in die Pfändungsurkunde, spezialisiert wird. Nach dem Vermögensübergang bilden die übergegangenen Objekte aber nur teilweise wieder ein Sondervermögen des Haftenden¹⁾. Bei der Begründung der Gütereinheit (Art.199,201 Abs.3) gehen sie im übrigen Mannesvermögen, bei der Rückübertragung im Frauenvermögen auf; ebenso bei der Liquidation des Gesamtgutes, und vollends ist dies der Fall bei der Tilgung einzelner Ersatzforderungen. Die einzige rechtliche Beziehung, die sie

1) Z.B. Ehesteuer, beschränktes Gesamtgut, vertragliches Sondergut. Die Existenz solcher Sondervermögen beruht immer auf dem neuen Güterstand und nie auf der Qualität der Vermögensobjekte als "übergegangene Werte". Die Identität dieser Sondervermögen mit den Haftungsobjekten nach Art. 188 ist eine rein zufällige; sie werden in den meisten Fällen auch noch andere Werte enthalten.

vom übrigen Vermögen abhebt, eben das Pfändungspfandrecht der Gläubiger des andern Ehegatten, genügt nicht, um sie zu einem güterrechtlichen Sondervermögen mit der Fähigkeit einer selbständigen wirtschaftlichen Entwicklung zu konstituieren¹⁾.

Daraus folgt, dass den Gläubigern nicht mehr ein "Vermögen" im Rechtssinne haftet, sondern nur die einzelnen übergegangenen Objekte. Das Zugriffsrecht besteht daher nur, solange diese Objekte in natura vorhanden sind. Es geht unter, wenn sie mit dem übrigen Vermögen des Haftenden vermischt (Bargeld, vertretbare Wertpapiere), veräussert, verbraucht oder vernichtet werden. Auch Surrogate und Ersatzanschaffungen treten nur dort an ihre Stelle, wo dies nach allgemeinem Vermögensrecht vorgesehen ist (z.B. Art.774 Abs.2, 804,822 ZGB, Art.56,57 VVG). Für die spezifisch güterrechtlichen Surrogations- und Ersatzregeln ist dagegen kein Raum, da sie an die Existenz eines güterständlichen Sondervermögens gebunden sind²⁾, hier aber gerade der Bestand eines solchen verneint werden muss³⁾. Diesen Nachteilen der gegenständlichen Beschränkung der Haftung und der dadurch bedingten Gefahr einer Benachteiligung der Gläubigerrechte wollen Rossel für das geltende Recht und W.Eulau de lege ferenda dadurch begegnen, dass sie an die Stelle der gegenständlich beschränkten eine persönliche Haftung treten lassen, wenn der Haftende die Haftungsobjekte veräussert, beschädigt oder vernichtet hat, beschränkt auf den Wert der veräusserten oder vernichteten Objekte oder den Betrag der Wertverminderung⁴⁾. Eulau und Reichel wollen

1) Sondervermögen bestehen immer zu besonderen Zwecken. Den nach Art.188 haftenden Gegenständen kommt aber innerhalb des ehelichen Vermögens keinerlei besondere Aufgabe zu. Genner 53 mit Bezug auf die aus Konkurs oder Pfändungsbetreibung geretteten Frauengutswerte, Art.188 Abs.3.

2) Genner 35 und ff. und dort zit. Literatur, 146.

3) Blocher, Ueber die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung, ZSR 36,250 ff.,271 und Kappeler 59 wollen das Surrogationsprinzip auch auf die nach Art.201 Abs.3 ins Manneseigentum gelangten Frauengutswerte anwenden. Aus dem Gesetz lässt sich diese Auffassung nicht begründen.

Die Anwendung des Surrogationsprinzips zugunsten der Gläubiger könnte höchstens dort erwogen werden, wo die empfangenen Werte Bestandteil eines Sondervermögens sind, für welches die Surrogations- und Ersatzregeln gelten: eingebrachtes Frauengut, Ehesteuer unter Güterverbindung, Art.196 Abs.2. Damit würde es von der zufälligen Zugehörigkeit der übergegangenen Vermögensobjekte zum einen oder andern ehelichen Vermögen abhängen, ob den Gläubigern die Surrogate oder Ersatzanschaffungen haften; eine ungleiche Behandlung, weshalb wir diese Lösung ablehnen.

4) W.Eulau 169, Rossel-Mentha 330: "Les biens parvenus à ce nouveau débiteur demeurent affectés au paiement des prétentions qu'ils garantissaient et, s'il les aliénait, sa responsabilité personnelle subsisterait jusqu'à concurrence de ces prétentions, à moins qu'il ne prouvât que la valeur desdits biens est inférieure au montant de celles-ci".

ferner den Gläubigern einen Anspruch auf ein stellvertretendes commodum gewähren¹⁾. Schliesslich nimmt Knapp, ausgehend von dem bundesgerichtlichen Entscheid BGE 65 II 108, ganz allgemein eine Schuld des haftenden Ehegatten mit persönlicher Haftung für den Fall an, dass die übergegangenen Objekte nicht mehr admassiert werden können²⁾, womit sich seine Auffassung mit derjenigen Bosshardts³⁾ berührt, der Vermögensübergang im Sinne des Art.188 dem "Verlust der Pfändungsmöglichkeit" gleichsetzt und daraus den Ehegatten als Schuldner persönlich haften lässt. Alle diese Lösungen entbehren im geltenden Recht der positiven Grundlage⁴⁾, es wäre denn, man nehme in Art.188 eine Gesetzeslücke an, die im Sinne Knapps ausgefüllt werden dürfte; eine Annahme, die kaum zulässig ist.

Dagegen führt der Verlust der Pfändungsmöglichkeit in bestimmten Fällen zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des haftenden Ehegatten. Der Ehegatte übernimmt die Vermögenswerte nicht unbeschwert, sondern mit der Haftung für die bisherigen Schulden belastet. Fällt diese Belastung weg, weil die Objekte beim Haftenden nicht mehr gepfändet werden können, so liegt darin eine Bereicherung auf Kosten der Zugriffsberechtigten. Sie ist aus dem Gesichtspunkt der güterrechtlichen Haftung ohne Grund, wo sie die blosser Folge des Verlustes der Pfändungsmöglichkeit ist, weil der Haftende die empfangenen Werte mit seinem übrigen Vermögen vermischt, verarbeitet oder entgeltlich veräussert hat⁵⁾, eine Forderung durch Leistung in sein Vermögen getilgt worden ist, nicht dagegen bei Ausschluss der Pfändbarkeit nach Schuldbetreibungsrecht, Art.92 SchKG⁶⁾. Massgebend ist dabei der Wert der Objekte im Zeitpunkt ihres Ausscheidens aus dem Kreis des pfändbaren "übergegangenen Vermögens", wofür in analoger Anwendung von Art.188 Abs.2 der haftende Ehegatte beweispflichtig ist. Für diese Forderung aus Bereiche-

1) W.Eulau a.a.O., Reichel, Gewillkürte Haftungsbeschränkung, in Festschrift für G.Cohn, 232.

2) Knapp, ZBJV 78,356, BGE 65 II 108: "Quant à l'obligation personnelle accessoire de l'art.188 al.2 CC, elle présentera un intérêt pratique pour les créanciers surtout dans le cas où l'époux attributaire aura de son côté déjà aliéné les biens transmis". Vgl. jedoch hiezu S. 83 Anm.3.

3) Bosshardt 21,22.

4) W.Eulau 169 Anm. 27. Aus Art.188 Abs.2 lässt sie sich nicht ableiten oder doch nur auf dem Wege einer sehr freien Interpretation, die den Rahmen der blossen Gesetzesauslegung sprengt.

5) Auch bei unentgeltlichen Zuwendungen kann von einer Bereicherung gesprochen werden, als der mit der Zuwendung bezweckten Vermögensverminderung der Wegfall der Haftung als vermögenswerter Vorteil gegenübersteht. Dasselbe trifft zu bei der Belastung einer haftenden Sache mit einem Pfandrecht.

6) Die Fixierung der Nebenschuld auf den Zeitpunkt des Vermögensüberganges nach dem Vorschlage Bosshardts lässt dieses Moment unberücksichtigt, sodass daraus und aus der Haftung für Zufall (vgl. Anm.2, S.188) eine Verschärfung der Haftung des Ehegatten gegenüber derjenigen des Schuldners resultieren kann.

rung haftet er als Vollschnldner¹⁾. Die Haftung entfällt mit dem unverschuldeten Untergang der Objekte, und ebenso trägt der Gläubiger die Gefahr einer allfälligen Wertverminderung²⁾. Im übrigen stehen den Gläubigern die Rechtsbehelfe des Schnldbetreibungsrechts: Arrest und Anfechtungsklage zur Sicherung der Vollstreckung bezw. Wiederherstellung des Haftungssubstrates auch bei dieser subsidiären Nebenhaftung zur Verfügung.

Der Haftung ist ferner entzogen, was die Ehefrau im Konkurs des Mannes oder in einer Anschlusspfändung zurückerhält, Art.188 Abs.3. Für diejenigen Werte, welche sie vindizieren kann, ist dies selbstverständlich, da sie ein Aussonderungsrecht überhaupt nur besitzt, soweit das von ihr eingebrachte Vermögen nach ihrem Güterstand nicht haftet. Abs.3 bezieht sich nur auf das, was die Ehefrau durch Teilnahme am Konkurs oder durch Anschlusspfändung an ihre Ersatzforderungen erhält, ihren Anteil am Verwertungserlös³⁾. Obwohl die Voraussetzungen des Art.188 Abs.1 an sich gegeben sind, ist dieser von jeder weiteren Haftung befreit⁴⁾.

Bei Konkurs wird der Erlös Eigentum der Ehefrau nach Gütertrennungsrecht, Art.242 in Verbindung mit Art.186 Abs.1, 182 Abs.1. Bei der Pfändungsbetreibung bleibt der bisherige Güterstand bestehen, sofern nicht von den Ehegatten (Art.183,184) oder einem Gläubiger (Art.185) die Gütertrennung verlangt wird. Damit würde der Erlös, der in Bargeld ausbezahlt wird, nach den Regeln des Güterstandes ohne weiteres wieder ins Manneseigentum fallen, sodass er von den Mannesgläubigern wieder in Anspruch genommen werden könnte. Gmür, Egger und Bosshardt betrachten daher ihren Anteil am

1) Soweit das Empfangene durch Vermischung, Verarbeitung im übrigen Vermögen des Haftenden aufgegangen, oder bei entgeltlicher Veräußerung und Schuldentilgung der Wert des Empfangenen dem übrigen Vermögen zugekommen ist, stellt die hier vertretene Lösung eine Analogie zur Haftung des Sondergutsschnldners aus Bereicherung dar, Art.208 Abs.2,221 Abs.2.

2) Curti, Art.188 N.17. a.A. Bosshardt 104 bei Annahme einer Nebenschuld mit unbeschränkter Haftung. Die Höhe der Nebenschuld wird durch den Wert des empfangenen Vermögens im Zeitpunkt der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung ein für allemal fixiert; das Risiko einer spätern Wertverminderung oder des Untergangs der Sache wird auf den haftenden Ehegatten abgewälzt, wie umgekehrt den Gläubigern eine allfällige Wertvermehrung entgeht.

3) Diesem gleichzustellen sind Vermögensobjekte, welche die Ehefrau an der Versteigerung oder freihändig unter Anrechnung an ihren Liquidationsanteil erwirbt.

4) Dass sich Abs.3 nicht auf die vindizierten Objekte bezieht, geht schon daraus hervor, dass das Gesetz nicht von der Pfändung, in welcher die Ehefrau als Drittansprecherin auftritt, sondern ausdrücklich von der Anschlusspfändung, durch welche sie sich als Gläubigerin beteiligt, spricht.

Liquidationsergebnis als gesetzliches Sondergut¹⁾, mit der Folge, dass er Eigentum der Ehefrau wird und auch zukünftigen Gläubigern der Ehegatten nur noch als Sondergut haftet, d.h. den Mannesgläubigern dauernd entzogen bleibt²⁾. Diese Lösung geht jedoch zu weit, da dadurch die vom Gesetzgeber bei der Pfändungsbetreibung abgelehnte gesetzliche Gütertrennung in beschränktem Umfang auf einem Umweg eingeführt würde. Die Vermögensordnung der Ehegatten und die typische Gliederung der Vermögen in eheliches Gut und Sondergut wird durch Art.188 nicht berührt, und es hat auch Art.188 nur das Verhältnis zu den bisherigen Gläubigern, nicht aber zu später hinzutretenden im Auge. Je nachdem die von der Ehefrau geltend gemachte Forderung zu ihrem eingebrachten Gut oder Sondergut gehört, wird auch der entsprechende Erlös eingebrachtes oder Sondergut, wobei sich Art.188 Abs.3 nur dahin auswirkt, dass die Weiterhaftung nach Abs.1 ausgeschlossen wird, was nicht genügt, um diese Werte zu einem gesetzlichen Sondergut zu konstituieren³⁾. Den übrigen Regeln des Güterstandes derogiert Abs.3 nicht.

Das Gesetz erwähnt nur das von der Ehefrau im Konkurs des Mannes oder in einer Anschlusspfändung gerettete Gut, woraus per argumentum e contrario geschlossen werden könnte, dass Abs.3 auf das vom Ehemann in der Betreibung der Ehefrau Herausgerhaltene keine Anwendung finde⁴⁾. Absatz 3 ist jedoch nur die Folgerung aus dem Gedanken der möglichst gleichmässigen Berücksichtigung der Gläubiger eines Schuldners unter Einschluss von dessen Ehegatte. Es wäre nicht begründet, den Ehemann auszunehmen und ihn ohne Rücksicht auf seine eigenen güterrechtlichen Ansprüche haften zu lassen⁵⁾. Praktisch kommt allerdings Art.188 Abs.3 in der Anwendung auf den Mann eine ganz geringe Bedeutung zu⁶⁾, weshalb wohl auch das Gesetz diesen Fall gar nicht erwähnt⁷⁾.

1) Gmür, Art.188 N.28, Egger, Art.188 N.19, Bosshardt 75/76.

2) So ausdrücklich Bosshardt 75, wobei er zutreffend hinzufügt, dass ein solcher Satz systematisch nicht in den Rahmen des Art.188 passe; Anm.6.

3) Genner 53. In der praktischen Durchführung besteht kaum eine Differenz zu der Auffassung gesetzlichen Sonderguts. Berufet sich die Ehefrau auf Art.188 Abs.3, so ist sie dafür beweispflichtig, dass es sich um den Erlös aus einer Schuldbetreibung handelt. Diesen Beweis kann sie nur bringen, wenn dieses Gut, d.h. in der Regel Bargeld, gesondert verwahrt und verwaltet wird. Nur unter dieser Voraussetzung vermöchte sie auch den Sondergutsearakter zu beweisen, Art.193. Sind somit die tatsächlichen Bedingungen im einen und andern Fall dieselben, d.h. tatsächliche Ausscheidungen des Geretteten aus dem übrigen Vermögen, so lässt sich Art.188 Abs.3 direkt durchführen, ohne dass zu der -über das Ziel hinausgehenden - Konstruktion gesetzlichen Sonderguts gegriffen werden muss.

4) So Droin S. 347.

5) Bosshardt 74, Curti, Art.188 N.22.

6) Vgl. die Uebersicht S.124 f. Praktisch fällt nur der Sachverhalt in Betracht, dass der Ehemann gegen die Ehefrau einen Anspruch auf Tragung eines Plüschschlags gemäss Gesetz oder besonderem Ehevertrag geltend machen konnte.

7) Bosshardt a.a.O.

§ 21. Die durch Art. 188 geschützten Forderungen.

a) Sachlicher Bereich.

Art. 188 begründet abgesehen von allfälligen Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht eine persönliche Verpflichtung, nicht einen Schuldübergang, so, dass der Vermögen übernehmende Ehegatte des Schuldners die Schuld zu erfüllen oder - nach anderer Ansicht - als Bürge im Falle der Nichterfüllung einzustehen hat, sondern einen Haftungsübergang. Haftung bedeutet für den Gläubiger: das Zugriffsrecht auf das Vermögen des Schuldners und eventuell eines Dritten für den Fall der Nichterfüllung der Schuld; für den Schuldner: die Rechtslage, den Zugriff des Gläubigers in sein Vermögen dulden zu müssen¹⁾. Haftung bedeutet als Zugriffsrecht die Ergänzung des Forderungsrechts, als Zwang zur Duldung dieses Zugriffs das Korrelat zur Verpflichtung, zum Leistensollen des Schuldners²⁾. Dieses Zugriffsrecht des Gläubigers wird durch einen güterrechtlich bedingten Vermögensübergang nicht aufgehoben, wie es sonst der Fall ist, wenn Vermögensstücke aus dem Vermögen des Schuldners ausscheiden. Die Verstrickung des Vermögens wird nicht beseitigt, sondern es geht die Haftung auf den andern Ehegatten über, der nun seinerseits den Zugriff des Gläubigers auf das Empfangene zu erleiden hat. Schuld und Haftung fallen teilweise auseinander; es haftet der eine Ehegatte, ohne selbst Schuldner zu sein, mit dem Empfangenen³⁾ für die Schuld des andern, d.h. für fremde Schuld.

Aus der Auffassung der Haftung als Zugriffsrecht des Gläubigers ergibt sich die Abgrenzung des Kreises der durch Art. 188 geschützten Rechte. Das übergegangene Vermögen haftet weiterhin für alle Schulden, für welche sich die Zwangsvollstreckung durch das Mittel der Zwangsverwertung und der Befriedigung der Gläubiger aus dem Erlös gegen das Schuldnervermögen richtet⁴⁾. Es sind dies alle durch Gesetz oder Vertrag⁵⁾ begründeten Schuldverhältnisse, die einen Anspruch auf Geldzahlung verleihen, Art. 38

1) Zum Begriff der Haftung vgl. von Tuhr, OR, 14, BGB Allg. Teil, Bd. I 325, G. Buch, Schuld und Haftung im geltenden Recht, 17, 25, W. Eulau, insb. 42 Anm. 38, 5, 37.

2) Eulau 7 ff.

3) Haftung ist eine Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner bzw. haftendem Dritten; es haftet der Schuldner und Dritte mit den empfangenen Werten. Nur in einem bildlichen Sinne kann gesagt werden, dass das Empfangene hafte. Siehe hiezu S. 47 Anm. 2.

4) Vgl. hiezu Guhl, OR, 20, v. Tuhr, OR, 486 ff., Jäger, Komm. Art. 38 N. 2, 3.

5) Art. 188 unterscheidet nicht nach der Natur des Rechtsgrundes, Bosshardt 81 IV.

Abs.1 SchKG¹⁾, entweder als primärer Schuldinhalt, als Erfüllung (Preis-, Lohn-, Zinszahlungen, Kapitalzahlungen, Leistungen aus Garantie-, Bürgschafts-, Versicherungsvertrag, Schadenersatz und Genugtuung aus unerlaubter Handlung oder gesetzlicher Haftung, familienrechtliche Alimentationsverpflichtungen, öffentlichrechtliche Abgabepflichten etc.), oder als sekundärer Schuldinhalt bei Nichterfüllung, sei es weil der Gläubiger auf Erfüllung verzichten kann, Art.107 OR, wegen Unmöglichkeit der Erfüllung, oder weil das Gesetz, eventuell der Vertrag die Erzwingbarkeit aus Gründen des Schutzes der persönlichen Freiheit versagt (Arbeitsleistungspflichten).

Nicht erforderlich ist, dass die Umwandlung des Erfüllungsanspruches in einen Schadenersatzanspruch oder die Ergänzung des Anspruches auf Erfüllung durch einen solchen auf Schadenersatz (z.B. Art.103 OR) im Zeitpunkt des Vermögensübergangs bereits eingetreten ist²⁾. Haftung entsteht mit der Begründung des Schuldverhältnisses, nicht erst mit der Fälligkeit oder Geltendmachung der einzelnen daraus hervorgehenden Ansprüche; sie ist eine Seite des Schuldverhältnisses³⁾, nicht des einzelnen Anspruches. Sie dient der Sicherung sämtlicher aus dem Schuldverhältnis hervorgehenden Ansprüche durch Verstrickung des Schuldnervermögens. Diese Verstrickung tritt allerdings vor der Fälligkeit der einzelnen Ansprüche kaum in Erscheinung⁴⁾. Sie zeigt sich jedoch in der Bindung des Schuldners einer aufschiebend bedingten Forderung⁵⁾, in der Möglichkeit der Kollokation bedingter

1) Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung setzt einen wenn auch eventuell erst bedingten oder betagten Anspruch auf eine geldwerte Leistung voraus, stellt also nicht einen besonderen Fall der Zwangsvollstreckung dar. Betreibung auf Sicherstellung ist teilweise, bedingte Realisierung der Haftung. Besteht daher ein Sicherstellungsanspruch, so richtet sich dieser ebenfalls gegen das übergegangene Vermögen.

2) So Bosshardt 81.

3) W.Eulau 35,58, Buch 24,28, Steiner 14. Ebenso Droin S. 275, wobei er mit Recht darauf hinweist, dass eine andere Lösung dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor öffnen würde. Vgl. auch den Entscheid ZR 36 Nr.174, der die Ehefrau nach Art.207 Abs.2 nicht nur für den Mietzins, sondern auch eine an die Stelle des Mietzinses tretende Schadenersatzforderung haftbar erklärte. Mangels anderer Vereinbarung haften die für die Forderung bestellten Bürgen und Pfänder auch für die Schadenersatzforderung, ZR 36 Nr.174, Art.499 Abs.2 Ziff.1 OR.

4) Buch 24: "... in ihrem (der Schuld) Gefolge erscheint beim wirklichen Schuldverhältnis sogleich die Haftung; aber Wirkungen äussert die vorhandene Haftung erst, wenn die Schuld nicht eingehalten wird.... nicht ihre Entstehung, sondern nur ihre Folgen und ihre Verwirklichung sind von der Verletzung des Schuldinhalts abhängig", - wie das Recht überhaupt im allgemeinen erst bei der Rechtsverletzung aktuell wird. Zwangsvollstreckung ist Unrechtsfolge.

5) Art.152 OR. Es darf nichts unternommen werden, was die gehörige Erfüllung hindern könnte. Hinsichtlich der Sicherung der Gläubigerrechte wird die bedingte Forderung wie eine unbedingte behandelt.

und betagter Forderungen, wobei lediglich der Erlös bis zum Eintritt der Bedingung oder des Verfalls deponiert wird, Art.210 Abs.1 SchKG, schliesslich im Recht der Gläubiger bedingter und betagter Forderungen zur Arrestnahme und Anfechtungsklage, Art.271 und 285 in Verbindung mit Art.260 SchKG, Rechte, die der Erhaltung des Haftungssubstrates dienen, somit die Haftung voraussetzen. Haftung besteht daher auch für einen erst möglichen zukünftigen Geldanspruch, sobald nur das einen solchen Anspruch verleihende Schuldverhältnis begründet: der Vertrag geschlossen, die Bereicherung objektiv eingetreten, eine unerlaubte Handlung erfolgt ist ^{1) 2)}.

Dingliche Rechte an einzelnen Vermögensobjekten des Schuldners werden durch einen güterrechtlichen Vermögensübergang nicht berührt, indem sie kraft ihrer absoluten Wirkung auch dem andern Ehegatten entgegengehalten werden können. Die Objekte gehen mit diesen Rechten (Pfandrecht, Nutznussung) belastet auf den andern Ehegatten über. Rein obligatorische Ansprüche auf die Verschaffung eines unbeschränkten oder beschränkten dinglichen Rechts bzw. Zession einer Forderung können dagegen nur solange gegen den Schuldner nach Massgabe des bundesrechtlichen und kantonalen Vollstreckungsrechts vollstreckt werden, als sich diese Vermögenswerte in der Verfügungsgewalt des Schuldners befinden. Art.188 garantiert nur die Zugriffsrechte in der Schuldbetreibung, nicht aber die Möglichkeit der Realexekution (Art.665 Abs.1 ZGB, Art.166 OR etc.) Sind diese Objekte auf den andern Ehegatten übergegangen, so unterliegen sie dem Zugriff der Gläubiger nur noch als Teil des übergegangenen Vermögens in der Betreibung für einen allfälligen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

Nicht geschützt sind ferner Ansprüche, denen das Gesetz die Klagbarkeit versagt, die durch Zeitablauf, Verjährung unklagbar geworden sind, oder deren Geltendmachung auf dem Betreibungsweg durch Vertrag ausgeschlossen

1) Damit ist es bei einer Wahlobligation auf Geld- oder Sachleistung unerheblich, ob im Zeitpunkt der güterrechtlichen Vermögensverschiebung die Wahl zugunsten der Geldleistung getroffen ist. Haftung besteht auch für die Sachleistung. Anders Bosshardt 81.

2) Die Auffassung Bosshardts 81, dass Art.188 nur Geldschulden schützt bzw. die Umwandlung in einen Geldanspruch vor der Güterstandsänderung oder güterrechtlichen Auseinandersetzung eingetreten sein müsse, lässt sich aus Abs.2 nicht ableiten. Abs.2 bestimmt nach dem Wortlaut und dem Zusammenhang das Mass der Haftung und die Beweislast, während der Bereich der geschützten Rechte in Abs.1 (" Vermögen, aus dem bis dahin die Gläubiger... Befriedigung verlangen konnten") umschrieben wird. Es fehlen in den Materialien jegliche Hinweise dafür, dass zwischen Geld- und andern Schulden unterschieden, und die letzteren von Art.188 ausgenommen werden sollten. Es wäre dies sachlich auch gar nicht begründet, da die Vermögensverschiebung auch andere Verpflichtungen auf Leistungen aus dem Schuldnervermögen gefährdet (Verpflichtungen auf Verschaffung von Sachen und Rechten). Die Zugriffsrechte sämtlicher Gläubiger werden in gleicher Weise beeinträchtigt, und es besteht kein zureichender Grund, allein Geldforderungen durch die Fortdauer der Haftung zu privilegieren. Es bliebe auch das Verhältnis des Abs.2 zu Abs.1 und zu Art.179 Abs.3 ungeklärt. Unter dem Recht, im Sinne des Abs.1 aus einem Vermögen Befriedigung verlangen zu können, ist daher nicht nur das exequierbare, sondern auch schon das potentielle Recht zur Zwangsvollstreckung ins Schuldnervermögen zu verstehen. Vgl. auch die Bemerkung Droins, zit. S. 191 Anm. 3.

worden ist¹⁾, d.h. Ansprüche, die der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung, der Haftung entbehren; Schulden ohne Haftung²⁾. Werden sie vom nach Art.188 im übrigen haftbaren Ehegatten in Kenntnis ihrer Unklagbarkeit erfüllt, so kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden³⁾. Erfolgte dagegen die Leistung in Unkenntnis der mangelnden Vollstreckbarkeit zum Zwecke der Haftungsbefreiung, so kann das Geleistete als nicht geschuldet zurückverlangt werden, Art.63 Abs.1 OR.

Art.188 stellt nicht auf die Person des im Zeitpunkt der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung Forderungs- und Zugriffsberechtigten ab. Er schützt die Forderung als solche, sodass sich auch der Zessionar⁴⁾ und Erbe⁵⁾ darauf berufen kann.

1) Verträge, durch welche dauernd auf die Betreibung verzichtet wird, die Betreibung dauernd ausgeschlossen wird. Beispiel: Nachlassvertrag. Ob der Nachlassvertrag nur die Haftung oder auch die Schuld zum Erlöschen bringt, ist allerdings umstritten. Das Fortbestehen von Bürgschaften und Pfandrechten spricht für Beibehaltung der Schuld, da diese Rechte zufolge ihrer rein akzessorischen Natur eine bestehende Schuld voraussetzen. Es erlischt nur die allgemeine Vermögenshaftung, nicht aber solche speziellen Haftungsrechte. W.Eulau 91 Anm.25 und dort zit. Literatur.

Davon zu unterscheiden sind Verträge, durch welche die Betreibung nur für einige Zeit ausgeschlossen wird. Sie sind im Konkurs zu kollozieren, W.Eulau 201. Indessen ist seine Auffassung kaum begründet, dass der darauf entfallende Erlös bis zum Zeitpunkt der Betreibbarkeit zu deponieren sei. Der Ausschluss der Betreibung liegt im ausschliesslichen Interesse des Schuldners. Mit dem Konkurs verliert er seinen Sinn und Zweck.

2) Die Möglichkeit von Schulden ohne Haftung wird von K.Heitz, Die unvollkommene Obligation im schweiz. Recht, Diss.Bern 1940, bestritten, da die Obligation begrifflich Erzwingbarkeit voraussetze, ohne welche keine Rechtspflicht, sondern höchstens eine sittliche Pflicht zur Erfüllung bestehe, bzw. eine solche die Rückforderung des Geleisteten ausschliesse; insb.S.38,108. Die Erzwingbarkeit, die Zwangsgewalt ist wohl der Rechtsordnung als ganzes immanent, was aber nicht ausschliesst, dass in einzelnen Fällen aus besonderen Gründen durch das Recht begründeten Ansprüchen die Erzwingbarkeit versagt wird, ohne dass deswegen der Anspruch seinen Charakter als Rechtsanspruch verliert und zur sittlichen Pflicht wird. Wenn Heitz im weiteren die Unterscheidung einer Verpflichtungs- und einer Haftungsseite des Schuldverhältnisses für unser Recht als unzutreffend hält, so ist zu bedenken, dass formal die Unterscheidung im positiven Recht allerdings nicht gemacht wird, dass es sich aber auch nur um eine Arbeitshypothese zur begrifflichen Erfassung rechtlicher Erscheinungen handelt. Wenn der Gesetzgeber nicht von dieser Auffassung ausgegangen ist und ihr im gesetzten Recht nicht positiv Ausdruck verliehen hat - an sich wäre es denkbar, das OR nach dem Gesichtspunkte von Schuld und Haftung aufzubauen -, so schliesst das nicht aus, dass sich die Gegebenheiten des positiven Rechts nach diesen zwei Gesichtspunkten erfassen lassen. Das auf diesem Wege gewonnene Resultat, in concreto die Annahme von Schulden ohne Haftung, erscheint mindestens so befriedigend und dem positiven Recht adäquat wie die Annahme des Umschlagens von (erzwingbaren) Rechtspflichten in (nicht erzwingbare) sittliche Pflichten. Vgl.Heitz 43 ff.

3) Gegenteiliger Ansicht Bosshardt 80. Wie eine Forderung aus einem einseitig unverbindlichen Vertrag oder eine verjährte Forderung durch Bürgschaft und Pfand gesichert werden kann, Art.492 Abs.3 OR, so können solche Forderungen auch bezahlt werden.

4) Bosshardt 82, ZBJV 59,196.

5) Bosshardt a.a.O.

b) Zeitlicher Bereich.

Nach dem Wortlaut des Art.188 Abs.1 sind nur die Rechte derjenigen Gläubiger (und ihrer Rechtsnachfolger) geschützt, die bis zum Vermögensübergang aus den übergegangenenen Werten Befriedigung hätten verlangen können. Die Haftung muss vor der Güterstandsänderung und Auseinandersetzung begründet worden sein. Unter Anwesenden bestimmt sich dieser Zeitpunkt nach Art.4 OR. Unter Abwesenden wird der Beginn der Wirksamkeit auf den Zeitpunkt der Absendung der Annahmeerklärung¹⁾, wo eine solche nicht erforderlich ist, auf den Zeitpunkt des Eingangs der Offerte bezogen, Art.10 OR. Ist der Vertrag aufschiebend bedingt, oder ist der Verfalltag ungewiss, so tritt sofort Haftung ein²⁾, dagegen ist die Vollstreckbarkeit wie die Schuld aufschiebend bedingt oder betagt. Ist ein Vertrag infolge Willensmangels oder vollmachtloser Stellvertretung einseitig unverbindlich, so ist für jede Partei auf denjenigen Zeitpunkt abzustellen, in welchem der Vertrag für sie bindend wird. Darnach ist der Kontrahent, dessen Erklärung an keinem Mangel leidet, nach Massgabe der Art.4 und 10 OR mit seiner Erklärung verpflichtet, der vollmachtlos Vertretene erst mit der Genehmigung. An sich kommt zwar der Genehmigung rückwirkende Kraft zu³⁾, jedoch nur unter dem Vorbehalt inzwischen erworbener Rechte Dritter⁴⁾. Vor der Genehmigung auf den andern Ehegatten übergegangenes Vermögen bleibt daher der durch die Genehmigung begründeten Haftung entzogen⁵⁾. Dagegen wirkt die Genehmigung eines infolge Irrtums, Täuschung oder Drohung unverbindlichen Geschäfts auch bezüglich der Haftung zurück⁶⁾, sodass sich der Umfang der Zugriffsrechte nach dem Zeitpunkt des mangelhaften Vertragsabschlusses richtet.

1) Denzler 51, Steiner 15 zum analogen Problem der zeitlichen Abgrenzung der vorehelichen und ehelichen Schulden (Voll- oder Sondergutsschulden).

2) Art.152 OR, 210 SchKG. Im Ergebnis gleich Denzler 49,52, Steiner 19. Art.151 Abs.2 steht dem nicht entgegen, da er sich nur auf die Verpflichtungsseite, Umfang und Inhalt der Leistung bezieht.

3) Becker, Art.38 OR N.6, v.Tuhr, OR,130.

4) Becker a.a.O., v.Tuhr, OR,130 Anm. 1.

5) Im Resultat ebenso Steiner 17, Denzler 51, a.A.Egger, Art.207 N.3.

6) Egger, Art.207 N.3, Steiner 18, Denzler 52: "Denn - um wieder auf den Zeitpunkt der Willenserklärung der Beteiligten abzustellen - hat wohl jene erste Äusserung des Getäuschten, Bedrohten etc. als entscheidend zu gelten. Mit der Genehmigung erklärt der Anfechtungsberechtigte ja gerade, dass er seine damals erfolgte Willenskundgebung trotz des Willensmangels aufrecht erhalten will". Das anfechtbare Rechtsgeschäft begründet trotz der einseitigen Unverbindlichkeit ein Schuldverhältnis, aus welchem Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus dem Besitz anfechtbar erworbener Sachen (Art.938 ff. ZGB), auf Schadenersatz (Art.26 OR) hervorgehen können, wofür die Parteien haften. Es wäre nicht gerechtfertigt, den Ehegatten mit dem Empfangenen hiefür haften zu lassen, nicht aber für die aus der späteren Genehmigung definitiv

Scheiden mit der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung Vermögenswerte aus dem haftenden Vermögen oder Sondervermögen aus, so haben sie an deren weiteren Entwicklung keinen Anteil mehr. Es entfällt die Haftung für alle später entstehenden Ansprüche. Die Summe, bis zu welcher mit dem empfangenen Vermögen maximal haftet wird, wird grundsätzlich auf den Betrag der in diesem Zeitpunkt bestehenden Verbindlichkeiten fixiert¹⁾. Indessen sind hievon nach zwei Richtungen Ausnahmen zu machen:

1. Ansprüche aus einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Dauervertrag sind auch dann durch Art.188 geschützt, wenn sie erst nach der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung entstehen. Läuft dagegen der Vertrag auf unbestimmte Zeit, so haftet das Empfangene nur für Ansprüche, die bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin begründet werden²⁾. Solange der Gläubiger an den Vertrag gebunden ist, soll er auch den Schutz des Art.188 geniessen. Wird er aber nach Ablauf der vereinbarten Zeit ausdrücklich oder stillschweigend erneuert, oder wird von einer Kündigungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht, so erlischt von diesem Zeitpunkt an die Haftung des übergangenen Vermögens für die später entstehenden Forderungsrechte³⁾.

2. Ist die Haftung eine Seite des Schuldverhältnisses, nicht des einzelnen daraus hervorgehenden Anspruches, so besteht sie auch im Falle einer nachträglichen Schuldvermehrung infolge Nichterfüllung und Verzuges: Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art.97 OR), Verzugsfolgen (Verzugszinsen, Art.104/105), weiterer Schaden, Art.106, Gefahrtragung, Art.103

erwachsenden Verpflichtungen, wenn die Genehmigung erst nach der Vermögensübertragung erfolgt. Es würde leicht zu unbilligen Lösungen führen, wo die Genehmigung nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend erteilt wird, oder der Vertrag durch Zeitablauf beidseitige Verbindlichkeit erlangt, Art.31 Abs.1 OR. Es liesse sich der Zeitpunkt der Genehmigung in solchen Fällen nicht zuverlässig bestimmen, und es wäre in gewissem Sinne in die Hand der Ehegatten gegeben, durch die Wahl des Zeitpunktes der Genehmigung die Haftung eintreten zu lassen oder auszuschliessen. Art.188 nimmt Stellung zu einem Interessenkonflikt zwischen den Belangen der Gläubiger und denjenigen des Ehegatten des Schuldners; es entscheidet ihn unter Vorbehalt der Haftungsbeschränkungen gemäss Abs.2 und 3 zugunsten der Gläubiger. In gleicher Weise ist auch hier zu entscheiden. Ist der Gegenkontrahent an den Vertrag gebunden, so soll, wenn er genehmigt wird, nicht vor der Genehmigung durch eine Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung eine u.U. wesentliche Grundlage des Vertrages entzogen werden können.

1) Bosshardt 79.

2) Für diesen zeitlichen Bereich besteht auch die Haftung für Zinsen aus einer vorzeitlichen Hauptschuld, a.A. Bosshardt 91. Die güterrechtliche Nebenhaftung ist somit weiter als diejenige des Bürgen gemäss Art.499 Abs.2 Ziff.3 OR.

3) Steiner 19/20, Denzler 50, Egger, Art.207 N.3. In diesem Sinn hat das Bundesgericht die Anwendung von Art.188 bei der Erneuerung (Prolongation) eines vor der Verheiratung ausgestellten Wechsels durch die Ehefrau ohne Zustimmung des Mannes abgelehnt und die Schuld als Sondergutsschuld erklärt, BGE 62 II 255.

Abs.1. OR¹⁾, Rechts- und Betreuungskosten²⁾, ferner für das negative Vertragsinteresse bei Rücktritt vom Vertrag. Es handelt sich um gesetzliche Ansprüche, die mit dem Schuldverhältnis als solchem gegeben sind, bedingt durch die Voraussetzung der Nicht- oder nicht rechtzeitigen Erfüllung, die gesetzlichen Folgen der ordnungsgemässen Ausübung der Gläubigerrechte (Inverzugsetzung, Rücktritt vom Vertrag, Betreuung, Einklagung). Die Haftung hierfür auszuschliessen, wäre mit dem in Art.179 Abs.3 und Art.188 allgemein formulierten Grundsatz des Gläubigerschutzes nicht vereinbar. Damit haftet der Ehegatte allerdings nicht nur für Leistungsunvermögen³⁾, sondern auch für Leistungsunwilligkeit des Schuldners. Doch macht das Gesetz in dieser Richtung keinen Unterschied⁴⁾, noch ergibt sich ein solcher etwa aus dem allgemeinen Begriff der Haftung. Sie ist für den Ehegatten auch zuzumutbar, da er die Möglichkeit besitzt, eine Schuldenerweiterung durch Angebot der Zahlung zu verhindern, während der Gläubiger die Verzugsfolgen und Kosten der Rechtsverfolgung nicht umgehen kann. Es ist daher auch Art.499 OR analog anwendbar, mit der Abweichung, dass sich die Haftung auch auf das negative Vertragsinteresse erstreckt. Andererseits ist eine Einschränkung insoweit am Platz, als sich die Haftung auf die gesetzlichen Folgen der Nichterfüllung und des Verzuges erstreckt, nicht aber auf vertraglich vereinbarte (Konventionalstrafe, Straf- oder Rutscherzinse⁵⁾). Ferner haftet der Ehegatte nur für diejenigen Kosten und diejenige Schuldenerweiterung, die bei sorgfältiger Ausübung der Gläubigerrechte nicht vermeidbar sind⁶⁾. Gegenüber der Haftungserweiterung ist eine erhöhte Sorgfaltspflicht geboten. Es zwingt dies die Gläubiger zu einem raschen Vorgehen, doch sind schliesslich alle Beteiligten an der baldigen Abklärung der Frage, ob und in welchem

1) Egger, Art. 207 N. 3: "Die Haftung nach Ziff. 1 (des Art. 207) erstreckt sich auf die gesamte Abwicklung der Verpflichtung, auf Schadenersatzansprüche, Verzugsfolgen, Konventionalstrafen". Ablehnend Bosshardt 92, entsprechend seiner Ansicht der Beschränkung der Haftung auf die bei der Vermögensverschiebung bestehenden Geldforderungen.

2) Gegenteilig Bosshardt 92 Anm. 13: "Für ZGB 188 kommt dies von vornherein nicht in Frage". - Wie hier Egger zu Art. 207, a.a.O., N. 3. (vgl. Anm. 1).

3) So Bosshardt 92, ohne nähere Begründung.

4) Ebensowenig das Bürgschaftsrecht. Vgl. insb. Oser, Art. 499 OR N. 13 ff., Beck, Art. 499 N. 10 ff. Es gewährt allerdings dem Bürgen bei Verschulden des Hauptschuldners einen Sicherstellungsanspruch, Art. 506 Ziff. 3, der bei Art. 188 nicht besteht.

5) Es haftet der Bürge auch dafür nur, wenn er die Haftung im Bürgschaftsvertrag ausdrücklich übernommen hat, Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1, Oser N. 28, Beck N. 17 zu Art. 499. Anders bei der Haftung für voreheliche Schulden nach Art. 207, vgl. Egger a.a.O.

6) So entfällt ein Anspruch auf Deckung von Verzugszinsen, wenn die Forderung innert tunlicher Frist nicht geltend gemacht wird. U.E. ist daher auch Art. 503 Abs. 1 OR analog anzuwenden. Es soll nicht der Gläubiger leichtfertig auf Sicherheit verzichten, in der Berechnung, dass er dafür den Ehegatten belangen könne. Es wird dem zahlenden Ehegatten in den meisten Fällen schwer fallen, seine Regressforderung gegen den Ehepartner durchzusetzen, weshalb seine Stellung nicht durch ein Verschulden des Gläubigers mehr als notwendig erschwert werden soll.

Umfang die Nebenhaftung beansprucht werden muss, interessiert.

§ 22. Die Stellung des haftenden Ehegatten.

a) Allgemeine Voraussetzungen der Haftung.

Wie jede Haftung setzt auch die gegenständlich beschränkte nach Art.188 eine klagbare, fällige Schuld voraus; ohne Schuld keine Haftung. Es muss daher der Ehegatte nicht nur das Vorliegen der speziellen güterrechtlichen Voraussetzungen: güterrechtlicher Vermögensübergang, Haftungsentzug, Begründung der Forderung vor dem Vermögensübergang, sondern auch die Forderung selbst bestreiten können. Bei einem von einem Dritten für eine fremde Schuld bestellten Pfand und bei der Bürgschaft ist dies nicht zweifelhaft, Art.845 Abs.2 ZGB, Art.502 OR.

"Der Dritteigentümer kann sich also nicht nur auf die Nichtfälligkeit der Forderung berufen, sondern auch die Einrede erheben, dass die Forderung überhaupt nicht bestehe, durch Tilgung oder sonstwie untergegangen, anfechtbar sei usw. (S.651)... Er kann nicht nur den Bestand des Pfandrechts bestreiten, sondern auch den Bestand der Forderung; denn ohne die Forderung besteht ja das Pfandrecht nicht, da es nur akzessorisch ist" (S.653).

BGE 38 I 648 ff¹⁾.

Was hier zur Stellung des Drittpfandeigentümers ausgeführt ist, trifft auch für den nach Art.188 haftenden Ehegatten zu²⁾, weil es allgemein für das Verhältnis von Schuld und Haftung gilt³⁾. Der Umstand, dass das Pfandrecht in der Regel durch Vertrag begründet wird und mit einem Vorzugsrecht verbunden ist, während die güterrechtliche Haftung allein auf dem Gesetz beruht, ohne dem Gläubiger ein Vorzugsrecht zu gewähren⁴⁾, vermag eine

1) Vgl. zu diesem Entscheid die Ausführungen Bonnards in Jour.Trib. 1919 III 138 ff., Cuttat 51.

2) Ebenso Cuttat 52.

3) Das Bundesgericht hat allerdings die Uebertragung dieser Grundsätze auf das Retentionsrecht abgelehnt und dem Eigentümer der Retentionsgegenstände das Recht abgesprochen, die Forderung zu bestreiten, BGE 44 III 107. "Diese materiellrechtlichen Verhältnisse, welche zur Gleichbehandlung von Schuldner und Pfandeigentümer führen, liegen aber nicht vor, wenn es sich wie hier um Drittmannsrechte an einem mit Retentionrecht belegten Gegenstand handelt. Denn der Dritteigentümer eines Retentionsrechts ist weder berechtigt, die Mietzinsforderung zu bestreiten, noch prinzipielle Einwendungen gegen das Retentionsrecht geltend zu machen. Er hat vielmehr lediglich die Möglichkeit zu beweisen, dass der Gläubiger um die am Retentionsgegenstand bestehenden Drittmannsrechte wusste.... Es liegt daher kein Grund vor, den Dritteigentümer schon im Einleitungsverfahren zum Worte kommen zu lassen...." S.110. Vgl. dazu den abweichenden Entscheid des Zürch. Ob. Ger., ZR 24 Nr. 13i, in welchem ausdrücklich gegen diese Auffassung des Bundesgerichts Stellung genommen wird.

4) Siehe S.225.

verschiedene Behandlung des Dritteigentümers nicht zu rechtfertigen. Dem haftenden Ehegatten stehen daher alle rechtsaufhebenden oder rechtshemmenden Einreden oder Einwendungen des Schuldners gegen die Forderung oder deren Durchsetzung auf dem Betreibungswege zur selbständigen Geltendmachung, unabhängig vom Schuldner, zu. Ein Verzicht des Schuldners ist für ihn nicht verbindlich¹⁾. Ein wissentliches Unterlassen einer Einrede oder Einwendung zieht den Verlust der Ersatzforderung gegen den Schuldner nach sich, es sei denn, der Schuldner habe seinerseits auf deren Erhebung verzichtet. Daneben stehen dem Haftenden die Einreden und Einwendungen aus seinem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger zur Verfügung²⁾.

b) Subsidiarität der Haftung.

Art. 188 lässt den Zeitpunkt der Geltendmachung der Haftung, vor, gleichzeitig oder nach der erfolglosen Belangung des Schuldners, offen. Dem Zweck des Institutes entspricht die Subsidiarität der Haftung. Gegenüber den gesetzlichen Wirkungen einer Güterstandsänderung oder einer ordnungsgemässen Auseinandersetzung sollen sich die Gläubiger nur auf ihre früheren Haftungsansprüche berufen können, wenn sie in der Betreibung gegen den Schuldner zu Verlust kommen³⁾.

c) Umfang der Haftung.

Die Haftungssumme wird durch zwei verschiedene Faktoren bestimmt:

1. durch den Betrag der im Zeitpunkt der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung durch Art. 188 geschützten Verbindlichkeiten einschliesslich einer allfälligen gesetzlichen Haftungserweiterung als Folge der Nichterfüllung oder der nicht rechtzeitigen Erfüllung der Hauptschuld (materielle Haftung⁴⁾);

2. durch den Wert des Empfangenen. Durch die Erschöpfungseinrede und die Möglichkeit, sich durch Schuldentilgung von der Haftung zu befreien, wird die Leistungspflicht auf den Wert des übernommenen Vermögens beschränkt. Dabei kann es sich nur um den Nettobetrag nach Abzug allfälliger Gegenleistungen oder Leistungen des Schuldners aus andern Gründen handeln.

1) Analog Art. 502 Abs. 2 OR. Zu den Folgen der Verwirkung einer Einrede vgl. BGE 45 II 570 und Oser, Art. 502 N. 26, Beck, Art. 502 N. 45, 46.

2) Im Ergebnis gleich Egger, Art. 188 N. 11, Bosshardt 94, 95. Kann er sich durch Schuldentilgung von der Haftung befreien, Art. 188 Abs. 2, so kann er auch mit eigenen Forderungen an den Gläubiger verrechnen.

3) Ebenso Egger, Art. 188 N. 12, Bosshardt 12, 96. Für gleichzeitige Belangbarkeit Erny 83. - Zur Durchführung vgl. S. 216, 229.

4) W. Eulau 33 ff., 37.

Wurde dem Ehegatten eine Liegenschaft übertragen, wobei er die Grundpfandschulden übernahm und ein Teil des Wertes zur Deckung der güterrechtlichen Ersatzforderungen, ein Teil zur Befriedigung allgemein vermögensrechtlicher Ansprüche diente, so bleibt die Liegenschaft den Gläubigern verhaftet, es reduziert sich aber die Haftungssumme um den Betrag der übernommenen Schulden und nichtgüterrechtlich begründeten Leistungen. Ebenso, wenn der Ehegatte dem Schuldner einen Mehrwert über seine güterrechtlichen Ansprüche hinaus zurückerstattete¹⁾. Massgebend ist der Wert des empfangenen Vermögens im Zeitpunkt der Geltendmachung der Haftung, einschliesslich des Wertes der vorher aus dem Haftungsnexus ausgeschiedenen Objekte²⁾.

Beide Faktoren gelangen kumulativ zur Anwendung.

d) Haftungsbeschränkung und Erlöschen der Haftung.

Entsprechend diesen beiden Bemessungsfaktoren und der gegenständlichen Fixierung der Haftung reduziert sie sich oder erlischt sie aus dreierlei Gründen:

1. Teilweiser oder vollständiger Untergang der gesicherten Schuld infolge Erfüllung, Verrechnung, Neuerung, Erlass, objektiver Unmöglichkeit. Dabei führt der Nachlassvertrag des Schuldners nicht zum Untergang der nicht gedeckten Schulden, sondern schliesst lediglich die Vollstreckbarkeit gegenüber dem Schuldner aus³⁾. Er ist ohne Einfluss auf die Belangbarkeit des Ehegatten, der für den Ausfall einzustehen hat.

2. Reduktion der Haftungssumme durch Leistungen des Haftenden an die Gläubiger, Art.188 Abs.2. Es werden dadurch nicht einzelne Objekte von der Haftung befreit, wohl aber der Betrag, bis zu welchem der Haftende mit dem Empfangenen einzustehen hat, reduziert. Eine bestimmte Reihenfolge, in welcher die Gläubiger zu befriedigen sind, etwa nach dem ihnen in der

1) BGE 54 III 260. Beispiel: Die Ehefrau übernimmt als einzigen Wert eine Liegenschaft zu Fr. 30'000.-, belastet mit Fr. 20'000.-, Grundpfandschulden, welche sie mitübernimmt. Die güterrechtlichen Ersatzforderungen betragen Fr. 6000.-, weitere Forderungen (Ersatzforderungen aus Schuldentilgung, vgl. S.161) Fr. 2000.-; Fr. 2000.- sind Schenkung. Die Liegenschaft haftet bis zum Betrage von Fr. 6000.-. Wird sie versteigert, so sind der Ehefrau vorerst Fr. 4000.- (unter Vorbehalt der Anfechtung der Schenkung) zurückzuerstatten und erst aus dem Rest die Gläubiger zu befriedigen. - Oder es übernimmt die Ehefrau an eine Ersatzforderung von Fr. 9000.- einen Schuldbrief zu Fr. 10'000.- wobei sie dem Ehemann Fr. 1000.- ausbezahlt. Der Schuldbrief haftet bis zum Betrage von Fr. 9000.-.

Der Vorschlag Bosshardts 91 ist abzulehnen, da die Betreibung nicht am allfälligen Unvermögen des Gläubigers, eine solche Gegenleistung des Haftenden zu erstatten, scheitern darf.

2) S.187.

3) S.193 Anm. 1 und dort zit. Literatur.

Zwangsvollstreckung zukommenden Rang, ist nicht vorgesehen, sodass der Ehegatte berechtigt ist, sie entsprechend ihrem Vorgehen zu bezahlen¹⁾. Doch muss ihm auch gestattet sein, sie anteilmässig zu berücksichtigen, sodass die Gläubiger zur Annahme von Teilzahlungen gehalten sind. Die Haftung erlischt mit der Erschöpfung des Betrages des Empfangenen. Gegenüber einer Gläubigerbegünstigung bezw. - Benachteiligung ist die Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG gegeben²⁾.

3. Untergang der Haftungsobjekte, Vermischung, Veräusserung, unter Vorbehalt allfälliger Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Wird dadurch das Haftungssubstrat in seinem tatsächlichen Bestand betroffen, so kann anderseits die Haftung als solche beseitigt werden durch Verzicht der Gläubiger, Nachlassvertrag des haftenden Ehegatten, Verjährung des Haftungsanspruches³⁾.

Dem Untergang der Haftungsobjekte ist ihre Einwerfung in die Konkurs- oder Pfändungsmasse gleichzusetzen. Durch die Restituierung des empfangenen Vermögens entfallen auch die Voraussetzungen der besondern güterrechtlichen Haftung⁴⁾.

e) Die Berücksichtigung der eigenen Ansprüche des Haftenden.

Wird das übergegangene Vermögen in der Betreibung gegen den Schuldner admassiert, oder werden von dessen Ehegatten die erhaltenen Objekte oder deren Wert in die Masse geworfen, so kann sich der Ehegatte mit den infolge der Inanspruchnahme des Empfangenen entstehenden bzw. wiederauflebenden Ersatzforderungen der Pfändung anschliessen, wobei die Ehefrau auch in den Genuss des Konkursprivilegs gerät. Die admassierten Vermögenswerte dienen zur anteilmässigen Befriedigung auch des Haftenden, die Gleichstellung - und im Bereich des Frauengutsprivilegs die Besserstellung nach

1) BG i.S. Minoterie de Flamatt S.A.c. Dame Rickenbacher-Steiner v. 12.6.1941 (nicht publiziert; zit. nach Knapp, ZBJV 80,106 ff.) unter Hinweis auf BG in Sem.jud. 62,161 (i.S. Banque Commerciale c. Dame Bieri-Collomb).

2) a.A. das Bundesgericht a.a.O. Lehnt man auch mit der herrschenden Praxis die Anwendung der Anfechtungsklage auf den Ehevertrag und die güterrechtliche Auseinandersetzung ab, so folgt daraus keineswegs, dass auch die Leistungen des haftenden Ehegatten gemäss Art. 188 Abs. 2 der Anfechtung entzogen sind, wie das BG hier offenbar annimmt. Der Ausschluss der Anfechtbarkeit ist in diesem Falle durch nichts begründet. Es fallen solche Leistungen auch gar nicht unter den Begriff der güterrechtlichen Auseinandersetzung.

3) Unterbrechung der Verjährung gegenüber dem Schuldner bewirkt nicht die Unterbrechung der Verjährung des Haftungsanspruches gegenüber dessen Ehegatte. Die Verjährung des letztern beginnt frühestens mit der Fälligkeit der Schuld und spätestens mit dem Vermögensübergang. Bosshardt 101,102.

4) Bei der Gütergemeinschaft besitzt die Ehefrau auch ein Ausschlagungsrecht, Art. 227 Abs. 2. Es ist dies der einzige Unterschied zwischen Art. 188 und 227. Zur Form und Wirkung der Ausschlagung vgl. Egger, Art. 227 N.5, Gmür, Art. 227 N.13,14.

Art. 211 und 224 - des Haftenden mit den übrigen Forderungsberechtigten ist gewährt. Diese Gleichbehandlung wird durch Art. 188 Abs. 3 bekräftigt, der den Anteil am Verwertungserlös endgültig von jeder weiteren Haftung ausschliesst, sodass er nicht nachträglich auf Grund von Art. 188 Abs. 1 und 2 in Anspruch genommen werden kann.

Bei einer selbständigen Betreibung des Haftenden und bei der ausserrechtlichen Schuldentilgung ist ein solcher Anschluss an die Schuldnerbetreibung in der Regel ¹⁾ nicht mehr möglich. Damit erhebt sich das Problem, ob und in welcher Weise die eigenen güterrechtlichen Ansprüche des haftenden Ehegatten mit Einschluss allfällig privilegierter Forderungen berücksichtigt werden können.

Die Frage ist in der Literatur und Praxis auf Grund der Annahme einer Schuldverpflichtung mit persönlicher Haftung des Ehegatten erörtert worden ²⁾. Sie stellt sich jedoch genau gleich bei Annahme einer gegenständlich beschränkten Haftung ohne Schuld und deren Realisierung in einem selbständigen Verfahren ³⁾ und bei ausserrechtlicher Schuldentilgung. Wir schliessen uns der in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausdruck gelangten Auffassung an, dass die bei der Güterstandsänderung oder güterrechtlichen Auseinandersetzung durch den Vermögensübergang getilgten güterrechtlichen Ansprüche des Ehegatten des Schuldners im Sinne einer anteilmässigen Befriedigung zu beachten sind. Art. 188 bezweckt lediglich den Schutz bestehender Haftungsrechte. Diesem Zweck widerspräche es, wenn seine Anwendung

1) Die Möglichkeit der Beteiligung besteht, wenn die Haftung vor Abschluss des Konkurses, Art. 251 Abs. 1 SchKG, oder innert der Anschlussfrist nach Art. 111 SchKG geltend gemacht wird, Siehe S. 228

2) Vgl. hiezu Bosshardt 69 ff., Cuttat 104 ff., Kappeler 52 ff., Held, SJZ 19, 40, Mutzner, 2. Aufl., Art. 11 SchlT N. 23, Guhl, ZBJV 64, 166, Homberger, ZBJV 68, 1 ff.; BGE 45 II 116, 54 II 245, 55 III 124, 66 II 4 ff., Knapp ZBJV 80, 109 ff. Nach der älteren Praxis stellt Art. 188 Abs. 3 seinem Wortlaut nach eine lex specialis für den Fall des Konkurses und der Anschlusspfändung dar, deren analoge Anwendung in der direkten Betreibung sich verbiete, BGE 45 II 116, Bosshardt, Cuttat, Kappeler a.a.O. Nach anderer Auffassung ist hingegen der Ehefrau anzurechnen, was sie im Falle der Beteiligung am Konkurs oder in der Anschlusspfändung im gesamten (BGE 66 II 11, Held 41) oder an die privilegierte Hälfte erhalten hat (Mutzner, Guhl, Homberger, mit unterschiedlicher Begründung). Unentschieden Egger, Art. 188 N. 15, der grundsätzlich eine Einschränkung der Haftung für wünschenswert hält, mindestens in den Fällen der Auseinandersetzung nach gerichtlicher Gütertrennung.

Keinen Ausweg bietet der Vorschlag Bosshardts, der den aus Art. 188 belangten Ehegatten im Regressweg schadlos halten und die Regressforderung privilegieren will, sofern die mit dem empfangenen Vermögen getilgte Forderung privilegiert war, S. 73, 105 ff. Auf diese Weise hat der Ehegatte das empfangene Vermögen vollständig zur Verfügung zu stellen und wird seinerseits an einen ausgepfändeten Schuldner verwiesen. Die Interessen des Ehegatten können nur in der Weise wirksam gewahrt werden, dass er sich der Pfändung des Empfangenen in irgendeiner Weise "anschliessen" kann, sei es durch eine entsprechende Reduktion der Haftungssumme oder eine effektive Beteiligung am Verwertungserlös.

3) Wir nehmen hier seine Zulässigkeit als gegeben an. Die Begründung siehe S. 214.

ausserhalb der Betreibung des Schuldners faktisch zu einer Erweiterung der Haftung führen würde, dadurch dass der Ehegatte mit seinen güterrechtlichen Ansprüchen, die er ohne Güterstandsänderung und Auseinandersetzung oder bei der Admassierung hätte geltend machen können - unter bestimmten Voraussetzungen sogar in privilegierter Position - vollständig ausgeschlossen wird¹⁾.

"Die Haftung der Ehefrau nach erfolgter Auseinandersetzung und durchgeführter Gütertrennung für die Mannesschulden erscheint nur als Nachwirkung des vorangegangenen Güterstandes, woraus billigerweise weiter folgt, dass die Haftung des Frauenvermögens unter der neu eingeführten Gütertrennung nicht ausgedehnter sein kann, als sie es unter dem früheren Güterstand war".

BGE 66 II 10

Stellt zudem das Gesetz zur Erreichung eines bestimmten Zweckes zwei verschiedene Verfahren zur Verfügung, so dürfen sie nicht zu verschiedenen Ergebnissen führen.

"Die beiden in Art.188 gegebenen Möglichkeiten: einerseits Exekution gegen den Ehemann unter Admassierung bezw. Mitpfändung des auf die Ehefrau übergegangenen Haftungssubstrates und Beteiligung bezw. Anschluss der Ehefrau für ihre Frauengutsforderung (Abs.1), anderseits Exekution gegen die Ehefrau bis zum Betrage des Empfangenen (Abs.2), stellen nur zwei verschiedene Wege zur Verwirklichung desselben, in Art.179 Abs.3 allgemein aufgestellten Grundsatzes der Unveränderlichkeit der Vermögenshaftung dar und müssen daher zum gleichen rechnerischen Resultat führen. Die Ehefrau muss nach Abs.2 auf ihre Forderung gleichviel erhalten, als sie nach Abs.1 erhielt. Insoweit Abs.2 nach seinem Wortlaut nicht zu diesem Ergebnis führt, liegt eine Lücke des Gesetzes vor, die der Ausfüllung bedarf".

BGE 66 II 10

Etwas anderes widerspräche der Logik und Billigkeit. Im Falle des Anschlusses der Ehefrau in der Pfändung oder im Konkurs des Ehemannes hat das Gesetz den zwischen ihren Interessen und den Interessen der Gläubiger bestehenden Konflikt in Art.188 Abs.3 dahin entschieden, dass, was sie auf diese Weise zurückerhält, den Gläubigern dauernd entzogen bleibt, aus

1) Vgl. Homberger a.a.O. 5. Aehnlich Mutzner a.a.O., wenn er sagt, dass das weiterhaftende "Empfangene" aus der Tilgung der nicht privilegierten Hälfte der Frauengutsforderung stammen müsse. Eine verfehlte Ausdrucksweise.

dem Haftungsnexus ausscheidet. Dass das Gesetz allein von dem im Konkurs oder in der Anschlusspfändung Geretteten spricht, besagt nicht, dass die eigenen Forderungen des Ehegatten nur in diesen Verfahren Anerkennung finden sollten, sondern ist allein darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber nur dieses Verfahren der Admassierung im Auge gehabt hat und von den dabei bestehenden Verhältnissen ausgegangen ist¹⁾. Der Grundsatz des Art. 188 Abs. 3 ist daher sinngemäss auf die direkte, selbständige Betreibung des Haftenden und die ausserrechtliche Geltendmachung der Haftung zu übertragen²⁾.

Die Berücksichtigung der eigenen güterrechtlichen Ansprüche des Haftenden bedeutet nicht, dass bestimmte Objekte des empfangenen Vermögens aus dem Haftungsnexus ausscheiden; sie bewirkt keine gegenständliche Beschränkung der Haftbarkeit³⁾, sondern eine Reduktion der Haftungssumme, entsprechend der Anrechnung ausserrechtlich getilgter Schulden, Art. 188 Abs. 2⁴⁾. Dabei bereitet die Feststellung der privilegierten Hälfte keine besonderen Schwierigkeiten, da sie allein auf Grund der von der Ehefrau ausgewiesenen Ansprüche berechnet wird und vom Betrag der konkurrierenden Forderungen der Mitgläubiger unabhängig ist. Schwieriger ist die Berechnung des auf die nicht privilegierte Hälfte entfallenden Anteils. Entweder werden zu dessen Ermittlung sämtliche durch Art. 188 geschützten For-

1) Vgl. S. 87/88 und S. 211.

2) Die Anerkennung der Frauengutsforderung nach dem Vorschlag Eggers, Art. 188 N. 15, auf die Fälle eines amtlichen Verfahrens (gerichtliche Gütertrennung) zu beschränken, stünde im Widerspruch zum Geist des Gesetzes. Die Ehevertragsfreiheit während bestehender Ehe wurde gerade deshalb eingeräumt, um den Ehegatten eine Anpassung ihrer güterrechtlichen Beziehungen an veränderte Verhältnisse zu gestatten, einen unzweckmässig gewordenen Güterstand durch einen andern zu ersetzen und Gefahren für das Vermögen des einen oder andern Ehegatten, insbesondere der Ehefrau, auszuschliessen, es vor dem drohenden Zerfall zu retten. Diese gesetzgeberische Absicht würde weitgehend vereitelt, wenn die vertragliche Güterstandsänderung und ausserrechtliche Auseinandersetzung den Verlust allfälliger Ersatzansprüche und des Frauengutsprivilegs nach sich ziehen würde und die Ehegatten schlechter gestellt würden, als wenn sie es auf die betriebsrechtliche Liquidation ankommen lassen. Indem das Gesetz davon abgesehen hat, unter dem Vorbehalt des Art. 177 Abs. 2 für die Auseinandersetzung eine behördliche Mitwirkung vorschreiben, und sie vollständig den Ehegatten überlässt, hat es einer freiheitlichen Lösung den Vorzug gegeben, die nun nicht zum Schaden der Ehegatten benachteiligt werden darf.

3) Es wird ja auch regelmässig an einer gegenständlichen Bestimmung der auf die einzelnen güterrechtlichen Ansprüche, etwa die privilegierte Hälfte, anzurechnenden Vermögenswerte fehlen.

4) Vgl. S. 199.- Es wäre allerdings auch denkbar, dass zunächst das gesamte übergegangene Vermögen verwertet und dem Ehegatten ein entsprechender Anteil am Erlös zurückerstattet würde. Rechnerisch ist das Resultat dasselbe, doch stünde ein solches Vorgehen in Widerspruch zu dem betriebsrechtlichen Grundsatz, dass nur soviel Vermögen gepfändet und verwertet werden soll, als zur Deckung der Gläubiger erforderlich ist, Art. 97 Abs. 2, Art. 119 Abs. 2 SchKG. In diesem Zusammenhang ist der Ehegatte Betreibener, nicht Gläubiger.

derungen, die im Konkurs des Schuldners eingegeben oder in der Pfändungsbetreibung kolloziert worden sind, herangezogen, und es wird der Anteil hypothetisch darnach bestimmt, was in der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner auf den Ehegatten entfallen wäre, wenn er sich daran beteiligt hätte; denn nach dem genauen Wortlaut des Art.188 Abs.3 ist nur dieser so berechnete Teil von der weitem Haftung befreit. Oder es werden nur die in der selbständigen Betreibung oder ausserrechtlich geltend gemachten Forderungen berücksichtigt und der Anteil des Ehegatten im Verhältnis zu diesen konkreten Forderungen bestimmt. Das Bundesgericht hat diese letztere Lösung vorgezogen¹⁾, da es sich um eine effektive Vollstreckung in das empfangene Vermögen handle, bei welcher neben der Frauengutsansprache nur gerade die Forderungen der klagenden bzw. betreibenden Gläubiger in Betracht fallen könnten. Im Interesse einer möglichst vollständigen Verwirklichung der Garantie der Haftungsrechte und einer konsequenten Durchführung der Analogie zu Art.188 Abs.3 zum Schutze des haftenden Ehegatten geben wir der ersteren Berechnungsmethode den Vorzug. Die Höhe der Haftung muss nach einem objektiven Masstab festgestellt werden, d.h. nach dem Betrag der in der vorangegangenen Pfändungsbetreibung oder im Konkurs des Schuldners festgestellten deckungsberechtigten Forderungen²⁾, und nicht von dem zufälligen Umstand der Höhe der Ansprüche, für welche der haftende Ehegatte ausserrechtlich oder in einer selbständigen Betreibung belangt wird. Es würde sonst unter Umständen den zuerst kommenden Gläubigern ein Teil des Wertes des Haftungssubstrates zugunsten später kommenden Gläubiger vor-enthalten³⁾, was gerade dem vom Bundesgericht hervorgehobenen Präventionsprinzip widerspricht. Den Interessen des Haftenden ist Genüge getan, wenn er nicht mehr zu leisten hat, als was er im Falle der Admassierung und des Anschlusses hätte leisten müssen, unter Berücksichtigung der in der Schuldnerbetreibung angemeldeten Forderungen nach deren Rang und Höhe. Nur so gelangt man zu einer definitiven, von Zufälligkeiten unabhängigen Begrenzung der Haftung, wobei eine solche hypothetische Kollokation und Verteilung auf

1) BGE 66 II 11. - Würde nach den Vorschlägen Mutznern, Guhls und Hombergers nur die privilegierte Hälfte berücksichtigt, so würden wohl diese Schwierigkeiten entfallen, doch entspricht das Resultat nicht der Billigkeit. Es wird auch nirgends eine stichhaltige Begründung für den Ausschluss der nicht privilegierten Ansprüche gegeben.

2) Nicht sämtliche durch Art.188 geschützten Ansprüche überhaupt. Einmal liessen sich dieselben kaum einwandfrei ermitteln, und sodann ist den Gläubigern, die sich nicht an der Zwangsvollstreckung beteiligt haben, ohnehin entzogen, was die Ehefrau daraus erhalten hat, Art.188 Abs.3.

3) Denn was die Ehefrau auf diese Weise in der gegen sie geführten selbständigen Betreibung rettet, ist nicht das, "was die Ehefrau aus dem Konkurs des Ehemannes oder in einer Anschlusspfändung zurück erhält", Art. 188 Abs. 3, sondern mehr, wenn sich nicht wiederum sämtliche am Konkurs oder an der Pfändungsbetreibung beteiligten Gläubiger angeschlossen haben, eventuell aber auch weniger, wenn noch weitere Gläubiger dazu kommen. - Wenn Homberger, a.a.O. S.4, gegen das Urteil BGE 45 II 110 ff. einwendet, dass es nicht richtig konstruiere, so ist diese Kritik auch gegenüber dem Entscheid BGE 66 II 11 am Platz, weil die Analogie mit Art. 188 Abs. 3 wiederum nicht konsequent durchgeführt ist, wobei weder theoretische noch praktische Gründe diese Abweichung erfordern.

Grund der jederzeit verfügbaren Betreibungsakten keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bietet ¹⁾.

Damit erst ist das Mass der Haftung bestimmt. Die dem Wert des Empfangenen entsprechende Haftungssumme ²⁾ reduziert sich um den Betrag des auf diese Weise festgestellten Liquidationsanteils des Ehegatten. Für diesen reduzierten Betrag haftet er mit dem gesamten übernommenen Vermögen, wobei die Gläubiger in der Reihenfolge ihres Vorgehens befriedigt werden.

3. Abschnitt:

Das Verfahren.

§ 23. Selbständige Betreibung oder Admassierung?

So wenig abgeklärt wie die Rechtsnatur der durch Art.188 begründeten Haftung ist in Literatur und Praxis auch die Art und Weise ihrer Geltendmachung; denn weder Art.188 ZGB noch das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz enthalten darüber eine ausdrückliche Vorschrift ³⁾.

Ein Verfahrensproblem besteht allerdings nur bei Annahme einer gegenständig beschränkten Haftung, nicht dagegen bei Annahme einer beschränk-

1) Beispiel: Vor Konkursausbruch übernahm die Ehefrau Vermögen im Betrage von Fr. 8000.-. Im Konkurs betragen die verwertbaren Aktiven Fr. 8000.-, die kollozierten Forderungen 5.Kl. Fr. 20'000.-. Wäre das empfangene Vermögen admassiert worden und hätte sich die Ehefrau am Konkurs beteiligt, so wären ihr auf die privilegierte Hälfte Fr. 4000.-, auf die nicht privilegierte Hälfte Fr. 2000.- zugewiesen worden, total Fr.6000.-. Die Haftungssumme reduziert sich daher um Fr. 6000.- auf Fr. 2000.-. Wird die Ehefrau zuerst von einem Gläubiger mit einer Ausfallforderung von Fr. 2000.- belangt, so erhält derselbe volle Deckung.

Nach der konkreten Berechnungsmethode des Bundesgericht würden zunächst Fr.4000.- auf die privilegierte Hälfte entfallen. In die restlichen Fr. 4000.- hat sich der Gläubiger (Forderung wiederum Fr. 2000.-) mit der Ehefrau mit ihrer wieder auflebenden Ersatzforderung von Fr. 4000.- zu teilen, sodass auf den Gläubiger Fr. 1330.-, auf die Ehefrau Fr. 2670.- kommen. Er erhält einen Verlustschein für Fr. 630.- während später kommende Gläubiger auf den der Ehefrau verbleibenden haftbaren Betrag von Fr. 2670.- (wiederum in Konkurrenz mit ihrer Ersatzforderung) greifen können. Wollte man diesen Betrag gemäss Art. 188 Abs. 3 der Haftung entziehen, so würde die Ehefrau über Abs. 3 hinaus begünstigt. - Geht aber ein Gläubiger mit einer Ausfallforderung von Fr. 10'400.- gegen sie vor, so verblieben ihr an die nicht privilegierte Hälfte noch Fr. 800.-, also bedeutend weniger, als sie durch ihre Teilnahme im Konkurs erlangt hätte, wiederum in Widerspruch zu Abs. 3.

2) Vgl. S.198/199.

3) BGE 45 II 115. - Es ist dies gegenüber der Auffassung Büchlers, ZBJV 63,296, der Gesetzgeber habe sich in Abs. 2 für den Weg der selbständigen Betreibung gegen den haftenden Ehegatten entschieden, zu betonen. Art. 188 ist materiellen Rechts und enthält keine ausdrückliche Verfahrensvorschrift. Dass auch das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz darüber nichts bestimmt, zeigt, wie ungenügend die Anpassung des Gesetzes an die durch das einheitliche Zivilrecht geschaffenen Verhältnisse war. Panchaud, Vorwort u. S. 12.

ten Mitverpflichtung mit unbeschränkter, persönlicher Haftung des Ehegatten des Schuldners, auf welchen Vermögen übergegangen ist. Eine solche allgemeine Vermögenshaftung kann nur mit direkter Klage und direkter Betreibung gegen den Mitverpflichteten geltend gemacht werden¹⁾; denn dass in der Betreibung gegen einen Schuldner das Vermögen eines unbeschränkt haftenden Mitverpflichteten einfach nach Bedarf zur Masse gezogen werden könnte, ist mit den Grundsätzen des geltenden Schuldbetreibungsrechts nicht vereinbar. Die Annahme einer unbeschränkten Haftung schliesst die Admassierungsmöglichkeit aus²⁾. In der Betreibung gegen den Schuldner kann nur das Vermögen des Schuldners, in derjenigen gegen den Mitverpflichteten nur das eigene Vermögen des letztern gepfändet oder im Konkurs zur Masse gezogen werden. Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt einer gegenständlich beschränkten Haftung, so erhebt sich die Frage, ob Art.188 dem Gläubiger ein Admassierungsrecht entsprechend der früheren güterrechtlichen Vermögenslage gewährt, der frühere Güterstand insofern auch im Verfahren nachwirkt, oder ob diese fortdauernde Haftung in einer selbständigen Betreibung gegen den gegenständlich beschränkt haftenden Ehegatten realisiert werden muss.

In Auseinandersetzung mit einem Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts, in welchem die Pfändung von Vermögen des Ehegatten des Schuldners geschützt und die Frage ihrer Zulässigkeit auf Grund von Art.188 ins Widerspruchsverfahren verwiesen wurde³⁾, hat sich Blumenstein entschieden gegen die Zulässigkeit der Admassierung ausgesprochen, da in einer gegen den Schuldner gerichteten Betreibung niemals Dritteigentum gepfändet werden könne (Argument aus Art.91 Abs.1,106 und 107 SchKG); die Heranziehung des Widerspruchsverfahrens zur Auseinandersetzung über Ansprüche aus Art.188 stehe mit dem Wortlaut des Gesetzes wie mit dem Sinn dieses Verfahrens in Widerspruch, da sich Art.106 und 109 nur auf Exekutionsansprüche der Gläubiger an einem Vermögensgegenstand des Schuldners und auf die Frage, ob stärkere Rechte eines Dritten die Inanspruchnahme zu vereiteln vermöchten, beziehe, nicht aber auf Ansprüche der Gläubiger gegenüber einem Dritten; solche Rechte könnten nur in einer gegen den Dritten, hier: den Ehegatten des Schuldners gerichteten Betreibung geltend gemacht werden⁴⁾. Nach Held⁵⁾ ist sowohl dem Schuldner als auch dem über das haftende Vermögen verfügungsberechtigten Ehegatten eine Ausfertigung des Zahlungsbefehls zuzustellen, wobei beide zu Rechtsvorschlag und Beschwerde legitimiert sind. Befindet sich der Ehemann im Konkurs oder will der Gläubiger den Vermögenshaftungsanspruch gegen die Ehefrau allein geltend machen, so genügt die Zustellung eines Zahlungsbe-

1) Egger, Art.188 N.10, Gmür, Art.188 N.18, Bosshardt 15, Cuttat 109, Bächler 296, BGE 57 III 51, Sem.jud.62,161.

2) Vgl. auch S. 90.

4) ZBJV 50,244 und Anm.2.

3) BGE 38 I 629 ff.

5) SJZ 19,42.

fehls an die Ehefrau. Dadurch wird dem haftenden Ehegatten die Stellung eines Betriebenen eingeräumt und tatsächlich eine selbständige Betreibung durchgeführt, die der Betreibung gegen den Schuldner koordiniert wird, aber auch selbständig erfolgen kann. Die Auffassung Helds deckt sich damit im Ergebnis mit derjenigen Blumensteins. Dagegen hat sich Bosshardt ¹⁾ prinzipiell für die Zulässigkeit der Admassierung ausgesprochen, da sie dem Wesen der Haftung nach Art.188 als einer Ergänzungshaftung zur Ergänzung bzw. Wiederherstellung des Haftungssubstrates am besten entspreche. Ob und wie weit diese Haftung bezüglich der einzelnen Gegenstände bestehe, sei im Widerspruchsverfahren zu entscheiden.

In dem von Blumenstein angezogenen Urteil hat das Bundesgericht zunächst entschieden, dass in der Regel alle im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Gegenstände zu pfänden seien, auch wenn es zweifelhaft sei, ob das Pfändungspfandrecht den Rechtsansprüchen Dritter standzuhalten vermöchte. Der Rechtsstreit darüber gehöre ins Widerspruchsverfahren, dessen Zweck entgegen dem zu engen Wortlaut der Art.106 ff. SchKG darin bestehe, das Verhältnis des Pfändungsanspruches zum behaupteten Recht des Dritten an der gepfändeten Sache abzuklären.

"Ist dem aber so, so muss angenommen werden, dass auch die Fragen, die sich in casu stellen, ob nämlich trotz des Eigentumsüberganges an die Ehefrau die Pfändungspfandrechte auf Art.188 gestützt aufrecht erhalten werden können, und ob in einem Falle des Wechsels des Güterstandes die Gläubiger des Ehemannes auf das ihnen nach Art. 188 Abs. 1 ZGB haftende Frauenvermögen direkt durch Pfändung in der Betreibung gegen den Ehemann greifen, oder ob sie diese Haftung nur in einer gegen die Ehefrau gerichteten Betreibung geltend machen können, im Widerspruchsverfahren dem Richter unterbreitet werden müssen, zumal es sich dabei um der Kognition der Aufsichtsbehörde entzogene Fragen des materiellen Rechts handelt".

BGE 38 I 633.

In gleicher Weise äusserte es sich in BGE 55 III 127, ohne sich mit der Kritik Blumensteins an der vorerwähnten Entscheidung auseinanderzusetzen ²⁾. Hatte es in BGE 45 II 110 ff. und in diesen verfahrensrechtlichen Entscheiden die Frage der Zulässigkeit der Admassierung selbst offen gelassen, so nahm es in BGE 65 II 105 ff. positiv in diesem Sinne Stellung, im wesentlichen ge-

1) S. 11,13.

2) Ebenso BGE 57 III 43, ferner ZBJV 52,141, 59,195. Nach st.gallischem Güterverbindungsrecht konnte nach Eintritt der Gütertrennung im Wege der Admassierung in der Betreibung gegen den Ehemann auf das nach diesem Recht haftende Frauenvermögen gegriffen werden. Vgl. Kantonsgerichtl. Entscheidungen 1898 Nr. 17 S.63.

stützt auf die inzwischen erlassene bundesgerichtliche Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, Art.10 Ziff. 2.

"Le créancier dispose, pour sauvegarder ses droits, non seulement d'une action personnelle contre l'époux attributaire (art.188 al.2 CC), mais encore, au moins lorsqu'il s'agit d'immeubles, d'une procédure en réintégration régie plus directement par l'art.10 al. 1^{er} ch.2 et al.2 de l'ordonnance sur la réalisation des immeubles. Cette disposition a résolu affirmativement, pour les immeubles, une question laissée indécise dans l'arrêt RO 45 II 115, à savoir si l'art.188 al.1^{er} CC permet au créancier de saisir directement dans la poursuite contre l'époux débiteur l'objet devenu la propriété de l'autre époux ..." (S. 108).

Scheint uns auch das Resultat richtig zu sein, so kann doch die in diesen Entscheidungen gegebene Begründung nicht befriedigen. Kaum zutreffend ist es zunächst, wenn in BGE 38 I 633¹⁾ die Frage, ob der Gläubiger in der Betreibung gegen den Schuldner auf das ihm nach Art.188 haftende Vermögen des Ehegatten durch einfache Pfändung greifen könne, oder ob er diese Haftung in einer gegen die Ehefrau gerichteten selbständigen Betreibung geltend machen müsse, als eine solche des materiellen Rechts bezeichnet wird. Materiell rechtlicher Natur ist die Frage nach der Natur der in Art.188 statuierten Haftung des Ehegatten des Schuldners. Nachher stellt sich aber sofort die Frage, in welchem Verfahren der Gläubiger seine Ansprüche gegen den andern Ehegatten verfolgen kann, also ein rein verfahrensrechtliches Problem, das nicht in die Kognition des Widerspruchsrichters, sondern der Betreibungsbehörden fällt, wobei allerdings das Haftungsprinzip als materiell rechtliche Vorfrage hätte geprüft werden müssen²⁾. Diese Problemstellung ist in diesen Entscheidungen übersehen. Dasselbe ist in BGE 65 II 105 der Fall, indem auch hier die beiden Seiten des Problems, das materiell rechtliche und das verfahrensrechtliche, nicht auseinandergehalten und Art. 188 Abs.1 ohne weiteres als betreibungsrechtliches Admassierungsrecht ausgelegt wurde, wodurch dann auch der oben aufgezeigte unvereinbare Widerspruch mit dem Urteil BGE 45 II 110 ff entstehen musste³⁾. Bedenken erweckt insbesondere auch die Berufung auf Art.10 VZG. Ihrem Wortlaut nach besagt diese Bestimmung ganz allgemein nur, dass im Gegensatz zur Pfändung von Fahrnis, bei welcher der Betreibungsbeamte einem einfachen, nicht begründeten Pfändungsbegehren des Gläubigers stattzugeben hat, bei Grundstücken, die nicht auf den Namen des Schuldners im Grundbuch eingetragen sind, ein mehreres verlangt ist, nämlich das Glaubhaftmachen eines

1) Ebenso in BGE 55 III 127, 57 III 43.

2) Der Standpunkt des Rekurrenten in BGE 55 III 126 war daher u.E. richtig, dass die Betreibungsbehörden, nicht die Gerichte, zu entscheiden hätten, ob der Gläubiger gegen die Ehefrau direkt zu klagen habe.

3) S. 91.

Zugriffsrechts. Ein weiteres ist damit nicht gesagt, wird doch die materiell rechtliche Frage, unter welchen Voraussetzungen die Pfändung aufrecht erhalten werden kann, in Abs.2 also gleich dem Richter vorbehalten. Kann schon der Meinungsstreit über die Rechtsnatur der in Art.188 statuierten Haftung nicht in einer betreibungsrechtlichen Verordnung verbindlich entschieden werden, so kann, da Ziff.2 des Art.10 VZG eine spezielle Voraussetzung der Pfändung von Grundstücken regelt und nur ganz allgemein auf das eheliche Güterrecht verweist, auch nicht gesagt werden, dass durch diese Vorschrift das Verfahren im Zusammenhang mit Art. 188 ZGB eine allgemeine Regelung gefunden habe. Art. 10 VZG steht wohl im Einklang mit dem Verfahren der Admassierung und zielte nach der Absicht des Bundesgerichtes wohl darauf ab; gleichwohl kann darin nicht eine ausreichende Verfahrensgrundlage erblickt werden, und ermangeln diese Entscheide einer stichhaltigen Begründung¹⁾.

Mit Blumenstein²⁾ ist zunächst davon auszugehen, dass sich die Zwangsvollstreckung grundsätzlich nur gegen das eigene Vermögen des Haftenden richten kann. Die Tatsache, dass sich die Pfändung auf das gesamte in seinem Gewahrsam befindliche Vermögen erstreckt, ungeachtet allfälliger Drittanprüche, bedeutet keine Durchbrechung dieses Prinzips, da sie sich lediglich auf die Vermutung des Rechts aus dem Besitz stützt, wobei dem Dritten die Möglichkeit der Beseitigung des Pfändungspfandrechtes im Widerspruchsverfahren geboten ist. Handelt es sich um eine Haftung für fremde Schuld, und ist diese Haftung von Gesetzes wegen oder durch Vertrag gegenständig beschränkt, so vermag dies am Verfahren nichts zu ändern. Es ist diese Haftung wie jede andere in selbständiger Betreibung gegen den Haftenden geltend zu machen. Die Einpfändung fremden Vermögens in der gegen den Schuldner gerichteten Betreibung bildet jedenfalls eine Ausnahme, die nur Kraft besonderer gesetzlicher³⁾, eventuell vertraglicher⁴⁾, Bestimmung als zulässig

1) Art.10 Ziff. 1 VZG betrifft Fälle, wo zufolge aussergrundbuchlichen Erwerbs der wahre Berechtigte im Grundbuch nicht eingetragen ist, unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 656 Abs.2 ZGB, welche Bestimmung den aussergrundbuchlichen Erwerb kraft ehelichen Güterrechts nicht erwähnt. Ziff. 3 erwähnt eine weitere Diskrepanz zwischen Grundbucheintrag und materieller Berechtigung zufolge unrichtigen Grundbucheintrages. Beide Ziffern beziehen sich auf Fälle, wo das Grundbuch den wahren Berechtigten nicht ausweist. In Art. 188 ist die Sachlage aber eine völlig verschiedene, da der materiell Berechtigte in der Regel eingetragen sein wird. Aus dem Zusammenhang mit Ziff. 1 und 3 könnte daher sehr wohl geschlossen werden, dass sich Ziff.2 nicht auf diesen Fall bezieht, sondern wie Ziff. 1 und 3 auf Einträge, denen infolge güterrechtlichen aussergrundbuchlichen Erwerbs, der in Art. 656 Abs.2 nicht erwähnt wird, die materielle Berechtigung nicht entspricht. Vgl. auch die kritischen Bemerkungen Haabs in ZBJV 66, 447.

2) a.a.O. 244 und Handbuch 354, Reymond, Contribution à l'étude de la revendication en matière de faillite, 18.

3) Vgl. z.B. Art. 272 Abs.2 OR: Retinierung des Mobiliars des Untermieters in der Betreibung gegen den Mieter.

4) Pfandbestellung für eine fremde Schuld.

betrachtet werden kann.

Entgegen Blumenstein sehen wir indessen gerade in Art.179 Abs. 3 und Art.188 ZGB die verfahrensrechtliche Grundlage für die Pfändung des auf den andern Ehegatten übergegangenen Vermögens in der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner. Nach Sinn und Zweck dieser Bestimmung sollen die Haftungsrechte der Gläubiger bei Güterstandsänderung und güterrechtlicher Auseinandersetzung erhalten bleiben. Die Gläubiger sollen so gestellt sein, wie wenn die Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung überhaupt nicht stattgefunden hätte. Materiellrechtlich findet zwar ein Vermögensübergang nach Massgabe des konkreten Falles statt, doch kann dieser Uebergang den Altgläubigern nicht entgegengehalten werden. Das übergegangene Vermögen wird im Verhältnis zu den bisherigen Gläubigern immer noch als Vermögen des Schuldners betrachtet, und es werden die Ehegatten betriebsrechtlich so behandelt, als ob sie noch unter dem alten, nicht auseinandergesetzten Güterstand leben würden. Systematisch ordnet sich Art.188 auf diese Weise in eine Reihe von betriebsrechtlichen Tatbeständen ein, wo zivilrechtlich gültige Rechtsverhältnisse betriebsrechtlich als nicht bestehend betrachtet werden: So sind Verfügungen über gepfändete Gegenstände zivilrechtlich gültig, betriebsrechtlich aber den Pfändungsgläubigern gegenüber wirkungslos, Art.96 Abs.2 ¹⁾. Ebenso entbehren die nach Art.285 ff. SchKG anfechtbaren Rechtshandlungen nicht der zivilrechtlichen Gültigkeit, sondern sind lediglich den zur Anfechtung legitimierten Gläubigern bzw. der Konkursmasse gegenüber soweit unwirksam, als es die Wiederherstellung der Exekutionsmöglichkeit erfordert ²⁾. Im gleichen Sinne sind Güterstandsänderungen und Auseinandersetzungen zivilrechtlich gültig, vermögen aber die bisherigen Zugriffsrechte der Gläubiger nicht zu beeinträchtigen. In allen diesen Fällen ist die rechtliche Konstruktion dieselbe: zivilrechtliche Zulässigkeit und Gültigkeit des Rechtsgeschäfts bzw. der Rechtsänderung, betriebsrechtliche Unwirksamkeit zur Erhaltung des Haftungssubstrates. Wollte man den von Blumenstein betonten Grundsatz, dass sich die Pfändung nur auf das eigene Vermögen des Schuldners erstrecken könne, konsequent durchführen, so hätte bei diesen Tatbeständen die Betreibung immer gegen den zivilrechtlichen Eigentümer zu erfolgen. Das trifft

1) Jäger, Art. 96 N. 6 und dort zit. Praxis, Blumenstein, Handbuch, 348 und Anm. 39, BGE 33 I Nr. 140. Relative Nichtigkeit; Jäger a.a.O.

2) Die Anfechtung ist ein rein betriebsrechtliches Institut. "Ihr Ziel besteht nämlich nicht in der Aufhebung der angefochtenen Rechtshandlung ... Vielmehr soll durch die Anfechtung einzig und allein die erfolgreiche Durchführung einer Zwangsvollstreckung in dem Sinne ermöglicht werden, dass die durch die angefochtene Handlung in andere Hand gebrachten Vermögenswerte dem Zugriff der Gläubiger des sie Veräussernden anheim gegeben werden". Blumenstein, ZBJV 50,236. Vgl. ferner Handbuch 867 und Jäger, Art. 291 N. 2 S.404.

jedoch weder bei Art.96 Abs.2 SchKG zu, obwohl der Wortlaut des Gesetzes einer selbständigen Belangung des Dritterwerbers nicht entgegenstehen würde, noch wird es bei nach Art.285 ff.SchKG anfechtbarem Erwerb ausnahmslos durchgeführt, da bei der Pfändung anfechtbar erworbenen Dritteigentums die Anfechtbarkeit im Widerspruchsprozess oder Aussonderungsverfahren einredeweise entgegengehalten werden und die Verwertung zugleich mit dem Schuldnervermögen erfolgen kann, obwohl es sich zivilrechtlich um Vermögen eines Dritten handelt. Als betreibungsrechtliches Admassierungsrecht fügt sich der durch Art.188 Abs.1 verliehene Anspruch zwangslos in das System des Betreibungsrechtes ein.

Dies dürfte in der Tat die Vorstellung gewesen sein, von der man bei der Schaffung des Art.188 ausgegangen ist¹⁾, mit der auch die bundesgerichtliche Praxis in Einklang steht, wenn das aus Art.188 Abs.1 fließende Recht des Gläubigers ohne weiteres als betreibungsrechtliches Admassierungsrecht ausgelegt wird, ohne die Frage einer selbständigen Betreibung aufzuwerfen und ohne dass versucht wird, die Haftung des übergegangenen Vermögens mit Begriffen des materiellen Privatrechts zu umschreiben²⁾. Dazu sprechen auch Zweckmässigkeitserwägungen für die Möglichkeit der Admassierung. Sie gestattet, die zwangsweise Befriedigung in einem einzigen Verfahren durchzuführen, wodurch manche Doppelspurigkeit mit entsprechender Zeitversäumnis und entsprechenden Kosten vermieden werden können: Ein nochmaliges Einleitungsverfahren mit Anerkennungs- oder Aberkennungsprozess entfällt. Solange die Ehe nicht gerichtlich getrennt oder geschieden ist oder die Ehegatten sonst verschiedenes Domizil haben, werden sich die in Frage kommenden Gegenstände und Rechte ohnehin im Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Schuldners befinden und, wenn sich der Ehegatte des Schuldners auf sein Eigentum beruft, den Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens bilden. Kann dabei zugleich auch die Haftbarkeit nach Art.188 geprüft werden, so kann die Pfändbarkeit ein- für allemal in einem einzigen Verfahren festgestellt werden, und es läuft nicht der Gläubiger Gefahr, dass zunächst die Eigentumsansprache geschützt wird und die Haftungs-

1) Bezeichnend sind hiefür die Ausführungen Hubers im Nationalrat, Sten. Bull. 1905, 672: "Wenn also beispielsweise Ehegatten, die unter Gütergemeinschaft gelebt haben, während der Ehe zu Gütertrennung übergehen, so können sie dadurch das Vermögen, das gemäss der ehelichen Gütergemeinschaft bisher den Gläubigern gehaftet hat, dieser Haftung nicht entziehen, sondern die Haftung besteht den bisherigen Gläubigern gegenüber fort, gerade so wie wenn die Gütergemeinschaft noch weiter bestände und nur für die neuen Gläubiger, die Gläubiger geworden sind, nachdem die Gütertrennung im Ehegutsregister eingetragen ist, besteht das neue Güterrecht...".

2) Es ist in BGE 65 II 105 z.B. nirgends von einer gegenständlich beschränkten Haftung, sondern nur von "action personnelle" (Abs.2) und "procédure en réintégration" (Abs.1) die Rede.

ansprüche erst in einem zweiten und eventuell dritten Prozess ¹⁾ durchgesetzt werden können. Schliesslich wird auch vermieden, dass der Gläubiger zufolge der Subsidiarität der Haftung mit dem Vorgehen gegen den Ehegatten des Schuldners bis zur Ausstellung von Verlustscheinen zuwarten und damit eventuell zusehen muss, wie er von andern Gläubigern ausgepfändet wird und seine Ansprüche zunichte gemacht werden. Die Admassierung entspricht unzweifelhaft dem Gebot der Oekonomie des Verfahrens ²⁾.

Unerlässliche Voraussetzung ist allerdings, dass durch die Admassierung die Rechte des nichtschuldnerischen Ehegatten nicht beeinträchtigt werden; denn die Vereinfachung des Verfahrens darf nicht auf Kosten des Rechtsschutzes gehen und die Rechte des Haftenden verkürzen. Ist die Voraussetzung der Haftung eine dreifache: 1. das Bestehen einer durch Art. 188 geschützten klagbaren Forderung, 2. ein güterrechtlich begründeter Vermögensübergang und Zugehörigkeit der gepfändeten Objekte zum empfangenen Vermögen und 3. das Fehlen von die Haftung beschränkenden oder aufhebenden Momenten (Gegenleistungen des Haftenden an den Schuldner, Schuldentilgung)³⁾, so muss dem Ehegatten Gelegenheit geboten werden, die Haftung nach allen drei Richtungen selbständig bestreiten zu können. Dabei handelt es sich um Probleme des materiellen Rechts, sodass die Möglichkeit der Anrufung des Richters bestehen muss. Bei der Admassierung steht nur das Widerspruchsverfahren zur Verfügung, und es erhebt sich die Frage, ob dieses nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes hiezu geeignet ist.

Die ablehnende Stellungnahme Blumensteins wurde bereits erwähnt ⁴⁾. Ebenso hat das Bundesgericht in BGE 38 I 648 für das Verfahren zur Verwerfung eines von einem Dritten bestellten Pfandes erkannt, dass Einwendungen gegen die Schuld nicht im Widerspruchsprozess erhoben werden könnten. Der Dritteigentümer, der sich der Versteigerung widersetze, mache nicht ein selbständiges, dem Pfandrecht entgegenstehendes eigenes Recht geltend, sondern bestreite die Forderung. "Der Streit darüber hat einen ganz andern Charakter

1) Der Ehegatte erhebt z.B. in der gegen ihn angehobenen Betreibung Rechtsvor-schlag, weil er die Haftung grundsätzlich oder im Quantitativ bestreitet (Anerkennungs-prozess), während er im Widerspruchsprozess darzutun versucht, dass einzelne bei ihm gepfändete Objekte nicht zu dem empfangenen Vermögen gehören.

2) Auch die analoge Anwendung von Art.88 VZG würde nicht zu einer wesentlichen Vereinfachung des Verfahrens führen. Es würde zwar die Stellung des Gläubigers gegen-über einem völlig selbständigen Verfahren gegen den Haftenden insofern verstärkt, als auch das übergegangene Vermögen ungeachtet der Bestreitung der Haftung gleichzeitig mit dem Schuldnervermögen und sobald sich bei der Pfändung dessen Ungenügen ergibt, mit Beschlagnahme belegt und dadurch einstweilen sichergestellt werden könnte. Im übrigen ergäben sich aber alle erwähnten Komplikationen einer doppelten Betreibung.

3) Vgl. S. 198, 199 Ziff. 2.

4) S. 206.

als das Widerspruchsverfahren nach Art.106-109 SchKG... Hier handelt es sich um einen Streit um die gepfändete oder im Pfandnexus befindliche Sache, der die Feststellung materieller, dem Pfandrecht entgegenstehender Rechte bezweckt. Deshalb allein rechtfertigt sich denn auch im Widerspruchsverfahren die verschiedene Verteilung der Parteirollen je nach dem Gewahrsam an der Sache "(S.651)." Die Legitimation zur Sache steht nur demjenigen Drittdritter zu, welcher sich nicht damit begnügt, die Gültigkeit der Pfandbestellung zu bestreiten, sondern ein positives Recht an der zu verwertenden Forderung beansprucht, mit dessen Bestand deren Verwertung überhaupt oder ausschliesslich zugunsten des betreibenden Gläubigers nicht vereinbar ist (Art.155,126 SchKG)", BGE 40 III S.292¹⁾. Andererseits besteht nach der vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung entwickelten Auslegung der eigentliche Sinn des Widerspruchsverfahrens entgegen dem Wortlaut der Art.106-109 SchKG ganz allgemein darin, "den Bestand des Pfändungspfandrechts des Gläubigers und dessen Verhältnis zu den Rechten Dritter an der gepfändeten Sache festzustellen" (BGE 38 I 633) und abzuklären, "ob durch eine gültig vollzogene Pfändung ein gegenüber den Rechten Dritter wirksames Pfändungspfandrecht begründet worden sei" (a.a.O. 631), oder ein besseres "zivilrechtliches Vorrecht"²⁾ dem Recht des Gläubigers entgegenstehe³⁾. Ist dem so, so besteht kein innerer Grund, im Widerspruchsverfahren nicht alle Einwendungen aus Art.188 zuzulassen, die geeignet sind, das Pfändungspfandrecht des Gläubigers auszuschliessen; denn wenn der aus Art.188 belagte Ehegatte einwendet, dass die Schuld nicht bestehe oder unklarbar sei, die gepfändete Sache nicht zu einem in einer Güterstandsänderung oder güterrechtlichen Auseinandersetzung empfangenen Vermögen gehöre oder die Haftung infolge Schuldentilgung untergegangen sei, so bestreitet er eben eine Voraussetzung des Pfändungspfandrechts des Gläubigers und macht er ein eigenes besseres Recht an der Sache: das von Haftung unbeschwerte Eigentum an den Pfändungsobjekten geltend⁴⁾. Damit ergibt sich auch hier wiederum eine Parallele zur Anfechtung, indem die Anfechtbarkeit eines Rechtserwerbs nicht nur in direkter Klage gegen den Dritten dar-

1) Ähnlich BGE 41 III 192. Vgl. ferner Jäger, Art.153 N.2 S.520.

2) BGE 24 I Nr. 63 Erw.3, Jäger, Art.106 N.5.

3) In diesem Sinne auch Reichel, ZBJV 31,520, Reymond, a.a.O. S. 32, ferner Haab, Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, ZSR 44,310. Die Praxis hat denn auch vor 1912 nicht gezögert, dem Drittpfand Eigentümer das Widerspruchsverfahren zur Bestreitung der Schuld und des Pfandrechts zur Verfügung zu stellen, BGE 38 I 648. Eine Aenderung dieser Praxis liess sich nur deswegen rechtfertigen, weil der Drittpfand Eigentümer die Möglichkeit besitzt, Forderung und Pfandrecht durch Rechtsvorschlag im Einleitungsverfahren zu bestreiten, Art. 153 SchKG i. Verb. mit Art. 831,845 Abs. 2 ZGB.

4) Das trifft auch dort zu, wo sich der Ehegatte nicht auf den Untergang der Haftung, sondern eine Haftungsbeschränkung beruft, da das Pfändungspfandrecht nur so weit reicht, als es zur Erzielung der Haftungssumme nötig ist, Art. 97 Abs. 2. Sch.KG.

getan werden kann, sondern auch einredeweise im Widerspruchsprozess oder Aussonderungsverfahren nach Art.242 SchKG¹⁾. Wie dort der Eigentumsansprache des Dritten die Einwendung des haftbaren Erwerbs entgegengehalten werden kann, so hier die Einwendung der Haftbarkeit nach Art.188²⁾, wozu der Beweis der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung und des Vermögensübergangs genügt, während dem Ehegatten der Gegenbeweis bezüglich sämtlicher Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Art.188 offen steht. Auf diese Weise ergibt sich eine Beweislastverteilung, die mit Art.188 Abs.2 vollkommen in Einklang steht. Zudem wird dem Gläubiger ermöglicht, neben der Bestreitung des Eigentums sich von vornherein auf den Eventualstandpunkt der güterrechtlichen Haftung nach Art.188 zu berufen³⁾. Ein Rechtsstreit wird nicht in zwei oder drei Phasen aufgespalten, sondern es wird die ganze Auseinandersetzung in einem einheitlichen Verfahren durchgeführt. Die Admassierung unter Vorbehalt des Widerspruchsverfahrens stellt somit eine einfache, übersichtliche, ökonomische Lösung dar, die auch dem Erfordernis ausreichenden Rechtsschutzes genügt.

In BGE 65 II 108 hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, wann die Haftungsansprüche durch Admassierung oder durch direkte Betreibung des Haftenden verfolgt werden können oder müssen. Nach Knapp⁴⁾ ist, solange das übergegangene Vermögen admassiert werden kann, d.h. die empfangenen Objekte in natura im Vermögen des Haftenden vorhanden sind⁵⁾, ausschliesslich die Admassierung zulässig. Indessen ist die direkte Betreibung zur Realisierung von Haftungsrechten die Regel, die Admassierung die Ausnahme, sodass es im Gesetz wohl ausdrücklich gesagt sein müsste, wenn letztere unter bestimmten Voraussetzungen ausschliesslich anwendbar sein sollte. Eine dahingehende Regel kann jedoch Art.188 auch bei extensiver Interpretation nicht entnommen werden; er enthält weder ein Gebot exklusiver Anwendbarkeit der Admassierung noch ein ausdrückliches Verbot der selbständigen Belangung des Haftenden, wie denn auch von einem Verfahren der Admassierung kaum gesprochen werden kann, beruht es doch lediglich auf dem

1) Jäger, Art.285 N.1 S.357, N.2 a.E., Art.107 N.5 D, Art.242 N.5; Blumenstein 864; ZBJV 70,491.

2) Panchaud 83 und BGE 65 II 105 implicite. So ausdrücklich ZBJV 59,195.

3) Er kann sich auch erst im Verlauf des Prozesses darauf berufen, wenn sich z.B. aus dem Beweisverfahren ergibt, dass der Ehegatte mit der Eigentumsansprache durchdringen würde, aber aus dem Beweismaterial zugleich ersichtlich wird, dass die Voraussetzungen des Art. 188 Abs. 1 gegeben sind. Da der Gläubiger damit ein weniger weit gehendes Recht geltend macht (blosse Haftbarkeit für die Verbindlichkeiten des schuldnerischen Ehegatten statt Eigentum des letztern) liegt darin keine unzulässige Klageänderung; Jäger, Praxis I, Art. 107 N.5 C.

4) ZBJV 78,356; vgl.S.83 Anm. 3.

5) Vgl. hiezu S.186 ff.

Umstand, dass sich die Pfändung zunächst auf Vermögen, das von Dritten beansprucht wird oder im Besitz Dritter sich befindet, erstrecken kann (Art.95,106,109 SchKG)¹⁾ und im Widerspruchsverfahren die Einwendung der güterrechtlichen Haftbarkeit erhoben werden kann²⁾. Dem Gläubiger stehen daher grundsätzlich beide Wege alternativ oder sukzessiv zur Verfügung. Auf welche Weise er vorgeht, hängt von Zweckmässigkeitserwägungen und den Umständen des einzelnen Falles ab. Immerhin kann in einzelnen Fällen die Haftung nur in direkter Betreibung realisiert werden: 1. wenn der Gläubiger erst nach abgeschlossener Betreibung des Schuldners von nach Art.188pfändbarem Vermögen Kenntnis erhält; 2. wenn das übergegangene Vermögen sich nicht in der Schweiz befindet und hier nicht gepfändet werden kann, und 3. wenn über den schuldnerischen Ehegatten der Konkurs erklärt ist. Im Gegensatz zum Anfechtungsanspruch steht ein Haftungsanspruch aus Art.188 nicht der Gläubigergesamtheit, sondern nur jenen Gläubigern zu, die ihre Forderungsrechte vor der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung erworben haben. Er ist daher gleich einem Drittpfandrecht nicht von der Konkursverwaltung, sondern von den einzelnen Berechtigten zu verfolgen³⁾. Wird im Konkurs des Schuldners die Eigentumsansprache des Ehegatten von der Konkursverwaltung anerkannt oder im Aussonderungsverfahren geschützt, so haben die berechtigten Gläubiger den Ehegatten direkt und selbständig ausserhalb des Konkurses zu belangen, Art.53 Abs.2,54 Abs.2 KV. Im übrigen aber besteht weder in der einen noch andern Richtung ein Zwang.

1) Hiebei zeigt sich die eigentliche Bedeutung von Art.10 Ziff.2 VZG, indem auf Grund der allgemeinen Formulierung dieser Bestimmung das Begehren um Pfändung einer Liegenschaft des Ehegatten des Schuldners mit Art.188 begründet werden kann.

2) Es erweist sich hierin erneut, dass Art.188 rein materiellrechtlichen Charakter hat und für die Realisierung der Haftung auf die allgemeinen Grundsätze des Betreibungsrechts verweist, BGE 45 II 110.

3) Das BG hat allerdings in BGE 42 III 140 im Gegensatz zum Ob.Ger. Zürich (ZR 16 Nr. 67) die Vertretung einer Gläubigergruppe durch die Konkursverwaltung als zulässig erklärt, da einer solchen Gruppe mit speziellen Ansprüchen u.U. sämtliche Gläubiger angehören könnten. Es handelte sich jedoch um die Admassierung eines vom Gemeinschuldner verpfändeten Gegenstandes, während bei Art. 188 die Rechte einzelner Gläubiger am Vermögen eines Dritten in Frage stehen. Der bundesgerichtliche Entscheid kann daher nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Es bleibt hier bei der Regel des Art. 53 Abs. 2 KV. Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn sämtliche am Konkurs teilnehmenden Gläubiger nach Art. 188 zugriffsberechtigt sind. Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Verfolgung eines solchen Anspruches, so ist es den einzelnen Gläubigern unbenommen, gegen den Ehegatten vorzugehen, ohne dass hiezu eine Abtretung des Anspruches nach Art. 260 SchKG erforderlich ist. Art. 285 Abs. 2 SchKG ist nicht analog anwendbar.

§ 24. Das Admassierungsverfahren.

a) Die Einleitung der Betreibung.

Sie richtet sich gegen den Schuldner gemäss den allgemeinen Grundsätzen über die Betreibung gegen Ehegatten¹⁾. Insbesondere geht sie für Sondergutsschulden der Ehefrau allein gegen diese, auch wenn dem Gläubiger bekannt ist, dass ihm haftende Sondergutsstücke ins eheliche Vermögen übergegangen sind, und er von vornherein entschlossen ist, erforderlichenfalls auf diese zu greifen²⁾. Die Beschränkung der Haftung auf das Sondergut schliesst die Pfändung eingebrachten Gutes oder von Objekten des Gesamtgutes nicht aus³⁾. Es ist dem Ehemann überlassen, sich im Widerspruchsverfahren der Pfändung zu widersetzen, wobei ihm einredeweise die Haftbarkeit der gepfändeten Objekte auf Grund ihrer früheren Sondergutseigenschaft entgegengehalten werden kann.

b) Zeitpunkt der Pfändung.

Aus dem Prinzip der Subsidiarität der güterrechtlichen Haftung folgt, dass sie nicht vor der Pfändung des unbestrittenen Eigenvermögens des Schuldners erfolgen darf⁴⁾. Andererseits erscheint es nicht als notwendig, dass das Schuldnervermögen auch vorher verwertet werden muss, und die Admassierung erst als Ergänzungspfändung nach Art.145 SchKG stattfinden kann. Die Lösung ergibt sich vielmehr zwanglos aus Art.95 Abs.3 SchKG. Darnach ist in erster Linie das bewegliche Vermögen des Schuldners mit Einschluss von Forderungen (z.B. Lohn Guthaben) zu pfänden, in zweiter Linie, sofern das bewegliche Vermögen zur Deckung nicht ausreicht, das unbewegliche Gut, in letzter Linie diejenigen Vermögenswerte, welche vom Schuldner als einem Dritten gehörig bezeichnet oder von Dritten angesprochen werden oder mit einem Arrest belegt sind⁵⁾. Vermögensstücke, deren Pfändung auf Grund von Art.188 verlangt wird, fallen zweifellos in diese letztere Kategorie; denn entweder werden sie vom andern Ehegatten zu Eigentum angesprochen, oder es wird deren Zugehörigkeit zu einer dem Zugriff des Gläubigers entzogenen Vermögensmasse (Zugehörigkeit zum eingebrachten Gut oder Gesamtgut in der Betreibung einer Sondergutsschuld) geltend gemacht. Sie können daher erst gepfändet werden, wenn sich nach Massgabe der amtlichen Schätzung zeigt, dass das eigene bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners zur Befriedigung der Gläubiger nicht genügt. Dieser Fall kann schon in der primären Pfändung eintreten, möglicherweise aber auch erst in einer Ergänzungspfändung zufolge Pfändungsanschlusses, Art.110 Abs.1, oder in einer Nach-

1) Siehe S. 59 ff.

2) a.A. Cuttat 107.

2) S. 61 Anm.6.

4) Bosshardt 12, Ziff. 1a.

5) Hiezu gehören auch Anteile an Gemeinschaftsvermögen, z.B. an ungeteiltem Gesamtgut aus einer früheren Gütergemeinschaft. Art. 3 VO über die Pfändung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen.

pfändung nach Art.145 SchKG, wenn erst die Verwertung des Ungenügen des gepfändeten Gutes ergibt ¹⁾. Aus Art.97 folgt ferner, dass die Admassierung nur soweit, als voraussichtlich erforderlich, vorgenommen werden darf, mit der Möglichkeit einer Ergänzungs- oder Nachpfändung nach Art.110 und 145 SchKG, wobei die Reihenfolge der Pfändung vom Betreibungsbeamten wiederum nach Art.95 Abs.1 - 3 bestimmt wird; denn innerhalb des haftbaren Vermögens bestehen für den Gläubiger keinerlei Vorzugsrechte, wie auch der haftende Ehegatte sich nur nach betriebsrechtlichen Vorschriften der Pfändung des einen oder andern Gegenstandes widersetzen kann ²⁾. Auf diese Weise ist dem Prinzip der Subsidiarität der Haftung ausreichend Rechnung getragen, ohne dass das Verfahren durch das Erfordernis der vorgängigen Verwertung des unbestrittenen Eigenvermögens des Schuldners verzögert wird ³⁾.

c) Der Gegenstand der Pfändung.

Die Pfändung wird grundsätzlich ohne Mitwirkung des Gläubigers vollzogen. Reicht das unbestrittene Eigenvermögen voraussichtlich nicht aus, so ist schon von Amtes wegen die Pfändung auf mit behaupteten Drittansprüchen belastete Gegenstände und Rechte auszudehnen, Art.95 Abs.3 SchKG. Im Rahmen dieser Bestimmung hat der Betreibungsbeamte auch ohne besondern Auftrag zur Pfändung der im Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Ehegatten des Schuldners stehenden Vermögenswerte zu schreiten, wenn er von einem Haftungsfall nach Art.188 Kenntnis hat ⁴⁾.

Sofern es von Amtes wegen nicht geschieht, genügt ein Gläubigerantrag, der nicht begründet zu werden braucht ⁵⁾. Eine Ausnahme besteht nur für die Pfändung von Grundstücken, die auf den Namen des nichtschuldnerischen Ehegatten im Grundbuch eingetragen sind, indem hier ein Haftungsanspruch glaubhaft gemacht werden muss, Art.10 Ziff.2 VZG. Es ist jedoch damit

1) Egger, SJZ 27,131, Bosshardt 12 mit abweichender Begründung.

2) Z.B. Kompetenzqualität eines gepfändeten Gegenstandes.

3) Innerhalb der unter Art. 95 Abs. 3 fallenden Vermögenswerte ist nicht mehr weiter zu differenzieren. Sie stehen betriebsrechtlich auf gleicher Linie, sodass sich der Ehegatte nicht etwa damit der Pfändung widersetzen kann, dass zuvor die andern Drittansprüche vom Gläubiger angefochten werden müssten. Eine Ausnahme ist am Platz für Arrestobjekte und Anteile an Gemeinschaftsvermögen, bei welchen die Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen nicht bestritten ist und die Zuweisung zu der Vermögenskategorie des Abs. 3 aus rein praktischen Gründen erfolgt. BGE 73 III 105.

4) Dadurch wird dem Recht des Gläubigers, den haftenden Ehegatten nach Belieben in einer selbständigen Betreibung zu belangen, nicht vorgegriffen, da es ihm unbenommen ist, die Eigentumsansprache vorerst anzuerkennen. Ein Verzicht auf die Einrede aus Art. 188 bedeutet nicht zugleich auch einen Verzicht auf die Haftung als solche.

5) Pedrazzini, Die Widerspruchsklage, Diss. 1895,7, BR in Archiv für Schuldbetreibung u. Konkurs, IV Nr. 104. Gegen die Weigerung eines Betreibungsbeamten, einem Pfändungsbegehren stattzugeben, hat der Gläubiger die Möglichkeit der Beschwerde wegen Rechtsverweigerung.

nicht zu streng zu nehmen, da den Betreibungsbehörden keine materielle Entscheidungsbefugnis zusteht, und im Zweifel das Widerspruchsverfahren nicht durch die Verweigerung der Pfändung ausgeschlossen werden darf ¹⁾.

d) Das Widerspruchsverfahren. Die Verteilung der Parteirollen.

Auch hier ist von den allgemeinen Regeln des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes auszugehen. Befindet sich die gepfändete Sache im alleinigen Gewahrsam des Schuldners, so hat der Dritte, wenn der Gläubiger einen Drittanspruch an der Sache bestreitet, sein das Pfändungspfandrecht ausschliessende Recht gerichtlich geltend zu machen (Art.106/107 SchKG), wodurch dem Dritten die Klägerrolle, dem Gläubiger die Beklagtenrolle zufällt. Hat der Dritte den Gewahrsam an der Sache, so weist Art.109 SchKG dem betreibenden Gläubiger die Klägerrolle zu. Darnach richtet sich grundsätzlich auch die Beweislast.

Diese an sich einfache Ordnung wird bei der Betreibung gegen Ehegatten sehr stark modifiziert, einerseits durch die Ausgestaltung, die das Widerspruchsverfahren bezüglich der Parteirollenverteilung in der Praxis erfahren hat, und anderseits durch die Beweisregeln des ehelichen Güterrechtes, die vielfach eine Umkehr der Beweislast bewirken ²⁾. Art.109, der den Gläubiger in die Klägerrolle verweist, findet nicht nur Anwendung, wo dem Drittansprecher der alleinige Gewahrsam an dem gepfändeten Objekt zukommt, sondern auch dort, wo er Mitgewahrsam ausübt ³⁾. Die ältere Praxis stellte in dieser Beziehung auf die güterrechtlichen Verwaltungsrechte ab. So hatte der Ehemann alleinigen Gewahrsam an seinem Sondergut, bei Güterverbindung und Gütergemeinschaft am gesamten ehelichen Vermögen, auch wenn dazu auf den Namen der Ehefrau im Grundbuch eingetragene Grundstücke gehörten, bei Gütertrennung an seinem Eigengut. Die Ehefrau hatte den alleinigen Gewahrsam an ihrem Sondergut; ferner hatte sie bei Gütertrennung Mitge-

1) Vgl.z.B.BGE 55 III 128: "Dass der von den Rekurrenten miteinander abgeschlossene Kaufvertrag diesem Zweck (Hingabe von Vermögenswerten an Zahlungsstatt zur Tilgung von Ersatzforderungen der Ehefrau) gedient hat, wird einigermaßen wahrscheinlich gemacht durch den erheblichen Unterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreis... und dem vom Ehemann ausgelegten Ankaufpreis in Verbindung mit dem Umstand, dass die Gegenleistung der Ehefrau sich in der Schuldübernahme erschöpfte".

2) ZR3 (1904) Nr.173, 5 Nr. 191, 17 Nr.12 S. 26. Es kann nicht generell gesagt werden, dass die Beweislast von der Parteirolle unabhängig sei (so BGE 58 III 183); denn überall dort, wo das materielle Recht keine besondere Beweisvorschrift enthält, bleibt es bei der Regel des Art. 8 ZGB.

3) Blumenstein, Handbuch, 390 Anm.25, Jäger, Art.106 N.2, Art.109 N.3.

wahrsam an ihrem Eigengut. Dagegen wurde ihr bei Güterverbindung und Gütergemeinschaft ein Mitgewahrsam am ehelichen Vermögen abgesprochen¹⁾, und zwar selbst dort, wo die gemeinsame Wohnung von der Ehefrau gemietet und der Ehemann vorübergehend abwesend war; nur eine dauernde Trennung vermochte den alleinigen Gewahrsam des Mannes aufzuheben²⁾. Bei Grundstücken bildete der Grundbucheintrag lediglich eine Vermutung zugunsten des Gewahrsams des Eingetragenen, die gerade durch das eheliche Güterrecht und die ehemännliche Verwaltung des ehelichen Vermögens zerstört wurde³⁾. Damit wurde in Tat und Wahrheit nicht auf den Gewahrsam als rein tatsächliches Machtverhältnis, sondern auf den Rechtsbegriff der ehemännlichen Verwaltung abgestellt. Die Ehefrau war mit Ausnahme bei Gütertrennung und hinsichtlich ihres Sondergutes regelmässig des Gewahrsams entbehrende Dritte.

Diese Praxis wurde in der Folge schrittweise aufgegeben und auch im ehelichen Verhältnis ein auf das Tatsächliche abstellender Gewahrsamsbegriff zugrunde gelegt. Dabei ist jedoch nach der Natur des Pfändungsobjektes zu unterscheiden. Bei beweglichen Sachen haben die Ehegatten ohne Rücksicht auf ihren Güterstand Mitgewahrsam an allen gemeinsam benützten Gegenständen des gemeinsamen Haushalts⁴⁾, bei einem auf den alleinigen Namen eines der Ehegatten geführten Gewerbebetrieb an den gemeinsam benützten Gerätschaften⁵⁾ oder gemeinsam betriebenen und ausgebeuteten Objekten⁶⁾, selbst an Gegenständen in einem vom betriebenen Ehegatten ausserhalb der ehelichen Wohnung gemieteten Raum, sofern nur dem andern Ehegatten der Zutritt und eine tatsächliche Möglichkeit, über die darin befindlichen Gegenstände zu verfügen, nicht versagt ist⁷⁾. Alleiniger Gewahrsam des Betriebenen ist nur dort gegeben, wo die Ehegatten rechtlich getrennt leben⁸⁾, bei dauern-

1) Vgl. Jäger, Art. 106 N. 2 und die dort zit. Praxis, Panchaud S. 76 Nr. 98.

2) Jäger, Art. 106 N. 2, S. 329 unten.

3) Jäger, Art. 106 N. 2, S. 329, Panchaud 77, Archiv 3, 83.

4) BGE 57 III 179.

5) BGE 54 III 149, 57 III 179.

6) BGE 58 III 106, 71 III 63.

7) BGE 64 III 145. Entsprechend dieser Umschreibung des Gewahrsams ist die Ehefrau auch nicht Dritte im Sinne von Art. 91 Abs. 2 SchKG, solange die Ehegatten nicht getrennt leben, BGE 46 III 3.

8) Art. 145, 146-155, 170 ZGB. Rein tatsächliches Getrenntleben hebt den Mitgewahrsam nicht auf, Panchaud 76 u. Anmerkung 4. - Dabei ist nach Gmür, Art. 170 N. 7 und Du Pasquier, Jour. Trib. 61 (1913) I 302 im Falle des Art. 170 eine richterliche Bewilligung erforderlich. Die herrschende Auffassung sieht von diesem Erfordernis ab. Egger, Art. 170 N. 4, BGE 41 I 109, 54 I 115, Weiss, Entscheidungen 1922-37, Nr. 407.

der Landesabwesenheit des andern Gatten ¹⁾, ferner dort, wo ein Ehegatte ein Gewerbe oder Unternehmen auf eigenen Namen unter Ausschluss des andern Ehegatten oder doch nur mit dessen gelegentlicher untergeordneten Mithilfe führt ²⁾. Bei regelmässiger Mitarbeit greift dagegen Art.109 Platz ^{3) 4)}.

Bei nicht in Wertpapieren versachlichten Forderungen und Anteilen an Gemeinschaftsvermögen wird der Gewahrsam nach dem Schein des besseren Rechts des einen oder andern Gatten zuerkannt ⁵⁾.

1) Panchaud 76, BG in Jour, Trib. 1913 III 182.

2) BGE 68 III 180,71 III 65. Vgl. indessen auch ZR 28 Nr.93 und BGE 53 III 146: "Ihre Rolle sei daher derart geringfügig, dass hier eine Ausnahme gemacht werden müsse von dem Grundsatz, wonach bei Mitgewahrsam die Frist gemäss Art. 109 SchKG anzusetzen sei. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Es war...nicht die Meinung des Gesetzgebers, dass der Betreibungsbeamte bei der Beurteilung der Gewahrsamsfrage sich in weitgehende Untersuchungen tatsächlicher und rechtlicher Natur einzulassen habe. Das wäre aber erforderlich, wenn der Betreibungsbeamte... nicht nur die Tatsache des Mitgewahrsams festzustellen hätte, sondern auch Untersuchungen über Art und Umfang der Betätigung der einzelnen Gewahrsamsinhaber anstellen und diese gegeneinander abwägen müsste. Dies kann schon aus praktischen Gründen nicht verlangt werden, ganz abgesehen davon, dass auch nicht erfindlich ist, in welcher Weise diese Abwägung zu erfolgen hätte; denn der blosser Umstand, dass die vom Schuldner in einem von diesem mit einem Eigentumsansprecher gemeinsam betriebenen Gewerbe geleistete Arbeit diejenige des letztern an Intensität übertrifft, vermöchte noch nicht zu rechtfertigen, dass die für den Schuldner sprechende Eigentumsvermutung für stärker erachtet und infolgedessen die Frist gemäss Art. 107 SchKG angesetzt werden müsste" (S.149).

3) BGE 68 III 179,71 III 107.

4) Diese Grundsätze werden immerhin nicht ganz konsequent durchgeführt, indem doch immer wieder auf rein rechtliche Beziehungen Bezug genommen wird. So wurde ein Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Ehemannes verneint, weil die Ehegatten extern unter Gütertrennung standen, und im Ehevertrag das gesamte lebende und tote Inventar als der Ehefrau gehörend anerkannt war: " ... so sind dadurch die betreffenden Gegenstände öffentlich als der Verwaltung und Nutzung des Mannes entzogenes Frauenvermögen gekennzeichnet". BGE 68 III 180. Vgl. hiezu auch BGE 71 III 64: "Mais les indices et preuves du droit n'en peuvent pas moins être retenus pour déterminer la position de la femme dans l'entreprise et, par voie de conséquence, le caractère de l'emprise qu'elle exerce sur les objets servant à l'exploitation". In diesem Sinne wird ein Ehevertrag oder Güterrechtsregistereintrag berücksichtigt, BGE 39 I 148,68 III 180,72 III 21.

5) BGE 67 III 49; "Ce qui, en matière de saisie de créance, tient lieu en réalité de possession" dans le sens des art.106 et 109, est et ne peut être que le caractère de plus grande vraisemblance de la qualité de créancier en la personne du poursuivi ou en celle du tiers revendiquant..". Ebenso BGE 71 III 107: "Pour fixer le rôle dans le procès de tierce-opposition, il faut considérer le caractère de plus grande vraisemblance de la qualité de créancier en la personne du débiteur ou du tiers revendiquant ou éventuellement de l'un ou de l'autre". Konsequenterweise fällt hiebei die ehemännliche Verwaltung und das Erfordernis der Zustimmung des einen Ehegatten zu Verfügungen des andern über die Forderung (Art.202,217 ZGB) nur als Indiz in Betracht, verschafft aber nicht an sich schon den Gewahrsam oder Mitgewahrsam. Anders noch BGE 57 III 15, wo mass-

Bei Rechten an Grundstücken schliesslich ist nicht der tatsächliche Gewahrsam, sondern der Eintrag im Grundbuch oder einem Ersatzregister bestimmend; denn "diese Eintragung bildet für die Gestaltung des Widerspruchsverfahrens über Rechte an Grundstücken das einfache und zugleich der Billigkeit entsprechende Kriterium, wie die Art. 106 ff. SchKG es ihrem Grundgedanken nach fordern"¹⁾. Die Praxis, nach welcher der Grundbucheintrag lediglich ein Indiz für den Gewahrsam bildete, ist damit aufgegeben.

Aus dieser Umschreibung des Gewahrsams und Behandlung des Mitgewahrsams folgt, dass bei der Betreibung gegen Ehegatten der Anwendungsbereich des Art.109 gegenüber den Art.106/107 SchKG stark ausgedehnt ist, so dass bei der Admassierung nach Art. 188 dem Gläubiger regelmässig die Klägerrolle zufällt²⁾.

e) Beweisfragen.

Bestreitet ein Gläubiger eine Eigentumsansprache des nichtschuldnerischen Ehegatten, so gilt zunächst für die Beweislastverteilung im Widerspruchsverfahren, dass die speziellen güterrechtlichen Rechtsvermutungen den allgemeinen Rechtsvermutungen aus Besitz und Grundbuch (Art.930/31, 937) vorgehen³⁾. Darnach spricht bei Güterverbinding die Vermutung für Manneseigentum und gegen Frauengut (Art.196 Abs.1), bei Gütergemeinschaft für Gesamtgut und gegen Einhandgut der Ehegatten (Art.215 Abs.3), bei Gütertrennung mit Ehesteuer unter Gütergemeinschaft dagegen umgekehrt gegen Gesamtgut als einem systemfremden Element⁴⁾. Letzteres ist auch der Fall, wenn die Ehegatten von Gütergemeinschaft zu Güterverbinding oder Gütertrennung übergegangen sind und das Gesamtgut noch nicht liquidiert haben⁵⁾.

gebend auf das eheliche Güterrecht und die güterrechtlichen Befugnisse des Ehemannes abgestellt wurde.

Bei Hinterlegung auf Grund von Art. 96 OR befindet sich die Forderung im "Gewahrsam" des Hinterlegers, BGE 71 III 107.

1) BGE 72 III 47. Dagegen würden wir dem Gläubiger die Klägerrolle gemäss Art.109 zuweisen, wenn in der Betreibung für eine Sondergutsschuld der Frau der Ehemann die Pfändung einer Liegenschaft der Frau bestreitet, da sie zum eingebrachten Gut gehöre, sofern die Liegenschaft nicht zu einem von der Ehefrau allein betriebenen Geschäft gehört.

2) Vgl. hierzu BGE 72 III 21: "... Mitgewahrsam (i.c. der Ehefrau), auf dessen Vorliegen einfach aus dem ehelichen Verhältnis zu schliessen ist". Siehe auch Panchaud 77. Ausnahmen ergeben sich nach dem Gesagten zur Hauptsache nur bei Liegenschaften und Forderungen.

3) Egger, Art. 200 N. 11 a.E., Gmür, Art. 196 N.7, Homberger Art. 930 N. 7. Dagegen geht Art.937 Art.196 Abs.1 vor; BGE 58 II 334.

4) Gmür, Art.247 N.12, Egger, Art.247 N.5 (a.A. 1. Aufl.).

5) 148, 149.

Bei allgemeiner Gütertrennung fehlen spezielle güterrechtliche Vermutungen, was dem Fehlen besonderer güterrechtlicher Wirkungen auf das Eigentum der Ehegatten, die Verfügungs-, Verwaltungs- und Haftungsverhältnisse entspricht. Es bleibt daher bei den allgemein rechtlichen Vermutungen aus Besitz und Grundbuch, sofern bei beweglichen Sachen der ansprechende Ehegatte unbestrittenen Alleinbesitz hat¹⁾. Ist der Alleinbesitz nicht liquid, so hat er sein behauptetes Recht zu beweisen²⁾.

Damit trifft in der Betreibung gegen den Ehemann die Ehefrau trotz ihrer regelmässigen Beklagtenrolle die Beweislast für die von ihr beanspruchten Rechte³⁾. Umgekehrt liegt bei der Betreibung der Ehefrau die Beweislast regelmässig auf Seiten ihrer Gläubiger, wenn die Pfändung vom Ehemann damit bestritten wird, dass er Manneseigentum (Art.195 Abs.2,196 Abs.1) oder (bei einer Betreibung für eine Sondergutsschuld) Zugehörigkeit der gepfändeten Gegenstände zum eingebrachten Gut oder Gesamtgut behauptet (Art.193,195 Abs.2,215 Abs.3)⁴⁾

Für die Anwendung des Art.188 spielen indessen diese güterrechtlichen Eigentumsvermutungen und Beweisregeln direkt keine Rolle. Die Berufung auf Art.188 setzt ja begrifflich voraus, dass der Eigentumsübergang auf den Ehegatten des Schuldners oder der Uebergang von Sondergut der Ehefrau in ihr Eingebrachtes oder ins Gesamtgut anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist. Für die speziellen Voraussetzungen des Haftungsübergangs bestimmt sich die Beweispflicht vielmehr nach Art.8 in Verbindung mit Art.188 Abs.2. Der Gläubiger hat den Nachweis zu erbringen, dass die allgemeinen Bedingungen der Haftung gegeben sind: ein Güterstandswechsel oder eine güterrechtliche Auseinandersetzung, der Uebergang haftenden Vermögens auf den Ehegatten des Schuldners und Entstehung der betriebenen Schuld vor diesem Vermögensübergang. Soweit der Vermögensübergang die gesetzliche Folge einer Güterstandsänderung ist, bietet der Nachweis anhand des Güterrechtsregister-

1) Homberger, Art. 930 N. 6, 7, BGE 50 II 241, ZR 17 Nr. 21.

2) ZR 17 Nr. 21. In BGE 61 II 317 E. 2 erklärte das BG die Gütertrennungsfrau ohne jede Einschränkung als Drittanwieserin beweispflichtig. In seiner allgemeinen Formulierung unter Ausserachtlassung eines allfälligen Alleinbesitzes dürfte der Entscheid etwas zu weit gehen.

Abweichend hält Panchaud 82 entsprechend den Parteirollen den gegen die Ehefrau klagenden Mannesgläubiger für beweispflichtig. Mit Recht macht jedoch das BGE a.a.O. auf die Beweisschwierigkeiten aufmerksam, die bei dieser Lösung für die Gläubiger bestehen würden.

3) Davon macht auch Art. 196 Abs. 2 keine Ausnahme, da die Vermutung für Frauengut erst wirksam wird, wenn die zu ersetzenden Stücke zum Frauengut gehörten und sich die Anschaffungen objektiv zum Ersatz eignen, wofür derjenige, der Frauengut behauptet, den Nachweis zu erbringen hat.

4) Panchaud 78, Cuttat 173, BGE 53 III 4, 58 III 185.

eintrags keine Schwierigkeiten, wobei die der Registeröffentlichkeit sonst entzogenen Belege im Widerspruchsprozess nach kantonalem Beweisrecht herangezogen werden können. Erheblich grösser sind die Beweisschwierigkeiten bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung, die zu beliebiger Zeit nach einer publizierten Güterstandsänderung vorgenommen werden kann und weitgehend in die Willkür der Ehegatten gestellt ist. Stellt man sich auf den Standpunkt der heutigen Praxis, wonach Auseinandersetzungsgeschäfte nur in gewissen Fällen unter Art.177 Abs.2 fallen und der Registrierung bedürfen¹⁾, so trifft den Gläubiger die volle Beweislast für oft sehr komplizierte güterrechtliche Verhältnisse und Vermögensverschiebungen, in welche Aussenstehende in der Regel keinerlei Einblick haben, ohne dass ein öffentliches Register als Hilfsmittel zur Verfügung steht. Würde daher bei der Auseinandersetzung von jeglicher Offenlegungspflicht der Ehegatten abgesehen, so wäre Art.188 weitgehend illusorisch, weil praktisch nicht durchführbar. Die Registrierungspflicht erweist sich somit auch unter den vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten als unentbehrliche Ergänzung, da nur sie dem Gläubiger die zur Durchsetzung seiner Ansprüche unerlässliche Orientierung bietet.

Immerhin bietet die Ordnung der Beweispflicht im Widerspruchsprozess im Hauptanwendungsfall des Art.188, d.h. bei Vermögensübergang vom Ehemann auf die Ehefrau, einen Ausweg. Bestreitet nämlich der pfändende Gläubiger primär das Eigentum der Ehefrau und beruft er sich erst eventuell auf den Haftungsübergang, so hat er, wie gesehen, regelmässig die Vermutungen für Manneseigentum oder Gesamtgut (Art.196 Abs.1, 215 Abs.3) und gegen Sondergut der Frau (Art.193) für sich, sodass die Ehefrau gezwungen ist, ihr Eigentum durch Vorlegen des Erwerbstitels nachzuweisen. Daraus wird sich im allgemeinen in Verbindung mit einer registrierten und publizierten Güterstandsänderung leicht feststellen lassen, ob es sich um ein haftungsbegründendes Rechtsgeschäft handelt²⁾. Voll- und Sondergutsgläubiger der Ehefrau haben dagegen die gleichen Vermutungen gegen sich, sodass dieser Weg für sie nicht gangbar ist. Doch fällt der Tatbestand eines haftungsbegründenden Vermögensübergangs von der Ehefrau an den Mann und aus ihrem Sondergut ins eheliche Vermögen praktisch nicht ins Gewicht.

Ist somit der Gläubiger prinzipiell dafür beweispflichtig, dass ein güterrechtlich bedingter Vermögensübergang stattgefunden hat, so würde es doch zu weit führen, bezüglich jedes einzelnen gepfändeten Gegenstandes diesen Nachweis zu verlangen. Das hiesse die Anforderungen an den Beweis des

1) Vgl. S. 169 u. Anm. 4.

2) Solange daher von der Praxis die Registrierungspflicht für unter die Voraussetzungen des Art.177 Abs. 2 fallende Auseinandersetzungsgeschäfte, insbesondere nach Eintritt der Gütertrennung nicht anerkannt wird, empfiehlt es sich auf diesem Wege vorzugehen.

Gläubigers überspannen; denn es würde die eingehende Kenntnis der Vermögensverhältnisse der Ehegatten verlangt, die nicht allgemein vorausgesetzt werden kann. Es muss vielmehr genügen, dass die Tatsache eines solchen Vermögensübergangs nachgewiesen wird. Behauptet demgegenüber der Ehegatte, dass die gepfändeten Objekte nicht zu dem empfangenen Vermögen gehören, oder dass die Haftung durch Schuldentilgung reduziert oder untergegangen sei, so macht er Tatsachen geltend, aus welchen er für sich Rechte ableitet, sodass ihm hiefür nach Art. 8. der Beweis obliegt. Dasselbe ergibt sich aus Art. 188 Abs. 2, nach dessen Sinn der Ehegatte für die die Haftung ausschliessenden oder beschränkenden Momente beweispflichtig ist. Gelingt dieser Nachweis nicht, so gerät er rein faktisch in die Stellung eines unbeschränkt haftenden Schuldners ¹⁾.

f) Beschränkung der Haftungssumme.

Bestreitet der Haftende, dass einzelne der gepfändeten Gegenstände zu dem empfangenen Vermögen gehören, so versteht es sich von selbst, dass sich diese Einwendung auf einzelne konkrete Gegenstände bezieht, die bei Anerkennung der Einrede ohne weiteres aus dem Pfändungsnexus ausscheiden. Bestreitet er dagegen die Forderung der Höhe nach, oder behauptet er eine Haftungsbeschränkung anderer Art, so werden nicht einzelne Objekte von der Haftung befreit, sondern es haftet nach wie vor das gesamte empfangene Vermögen, jedoch für einen reduzierten Betrag. Wollte daher der Ehegatte mit einer solchen Begründung die Pfändung einzelner Objekte bestreiten, so ist das Begehren bzw. die Einwendung abzuweisen, unter Vorbehalt der Reduktion der Haftungssumme. Es ist dann vielmehr Sache des Betreibungsbeamten, entsprechend der vom Richter im Widerspruchsverfahren festgestellten Reduktion des Haftungsbetrages und in Uebereinstimmung mit Art. 97 Abs. 2 SchKG einzelne Gegenstände aus der Pfändung zu entlassen ²⁾.

Bei gemischten Rechtsgeschäften ist die Lösung analog. Die Haftung umfasst ein Objekt in seiner Gesamtheit und wird nicht dadurch aufgehoben, dass es wertmässig nur teilweise der Befriedigung güterrechtlicher Ansprüche diene. Unteilbare Pfändungsobjekte bleiben daher in der Pfändungsmasse, doch reduziert sich die Haftungssumme um den Wert der nicht güterrechtlichen Leistung ³⁾.

1) Erl. S. 215.

2) Es liesse sich fragen, ob eine den behaupteten Haftungsbetrag übersteigende Pfändung nicht wegen Verletzung von Art. 97 Abs. 2 auf dem Beschwerdeweg angefochten werden müsste. Anders als bei der Pfändung des Schuldnervermögens ist der Haftungsbetrag hier nicht durch den Zahlungsbefehl für den Betreibungsbeamten verbindlich festgestellt. Die Festsetzung der Haftungssumme und Prüfung von behaupteten Haftungsbeschränkungen sind Fragen materiellen Rechts ausserhalb der Kompetenz der Betreibungsbehörden. Sie sind daher auf dem im Text angegebenen Weg dem Richter zu unterbreiten.

3) Vgl. zur Anfechtung gemischter Rechtsgeschäfte BGE 53 III 42 und hiezu Haab ZBJV

g) Konkurrenz mit Gläubigern des haftenden Ehegatten.

Ist auf den nichtschuldnerischen Ehegatten übergegangenes Vermögen im Zeitpunkt der Admassierung bereits von dessen Gläubigern gepfändet, oder befindet er sich in Konkurs, oder verlangen seine Gläubiger nach der Admassierung ihrerseits die Pfändung dieser Gegenstände und Rechte, so fragt es sich, wie diese konkurrierenden Ansprüche zu behandeln sind.

Art.188 bezweckt den Schutz bestehender Gläubigerrechte, gewährt jedoch kein Vorzugsrecht. Dazu besteht der Grundsatz, dass mangels anderer Vorschrift die Anfechtung oder Ungültigerklärung einer Rechtsübertragung nur unter dem Vorbehalt der inzwischen gutgläubig erworbenen Rechte Dritter erfolgen kann¹⁾. Die Registrierung und Publikation der Güterstandsänderungen und der Auseinandersetzungsgeschäfte (als Rechtsgeschäfte im Sinne von Art.177 Abs.2) dienen dem Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Dieser Zweck wird jedoch nur erreicht, wenn sich Dritte auf die verlautbarten güterrechtlichen Verhältnisse und Rechtsübertragungen einigermaßen verlassen können.

Es rechtfertigt sich daher, das auf den Ehegatten des Schuldners übergegangene Vermögen nur denjenigen Dritten haften zu lassen, die nach der Publikation der Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung dessen Gläubiger geworden sind²⁾. Dagegen sollen Gläubiger, die bisher keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem empfangenen Vermögen besaßen, nicht auf Kosten der nach bisherigem Güterrecht berechtigt gewesenen Gläubiger vom Vermögensübergang profitieren. Soweit ihnen das Vermögen des Schuldners als Schuldner güterrechtlicher Ansprüche des haftenden Ehegatten subsidiär haftbar war (Art. 175), werden ihre Rechte durch die Anerkennung der eigenen Ansprüche des Ehegatten des Schuldners ausreichend gewahrt, hätten sie doch ohne Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung auch nur die Ansprüche des ihnen verpflichteten Ehegatten in Konkurrenz mit den übrigen Gläubigern geltend machen können. Gläubiger des haftenden Ehegatten, die ihre Forderungsrechte vor der

64,460, ferner BGE 65 III 147/8. - Teilbare Leistungen sind soweit mit Beschlag zu belegen, als die güterrechtliche causa reicht.

1) Art. 290 2. Satz SchKG. Art. 96 Abs. 2, 204 Abs. 1 (Ungültigkeit nur den Gläubigern gegenüber). Vgl. auch von Tuhr, S.655 zu Art.152 OR, S. 276 ff. zu Art.23 OR, Becker, Art. 152 N.5, Art. 31 N. 18, Art. 64 N. 3 OR.

2) Ohne Rücksicht auf ihren guten oder schlechten Glauben. - In konsequenter Durchführung des Grundgedankens des Art.188 kann in der Realisierung der Haftung des empfangenen Vermögens ein güterrechtlich bedingter Vermögensübergang an den früheren Eigentümer zuhanden von dessen Gläubigern gesehen werden, der seinerseits gemäss Art.188 unter dem neuen Güterstand erworbene Zugriffsrechte nicht zu beeinträchtigen vermag.

Güterstandsänderung erworben haben, sind daher nicht weiter teilnahmeberechtigt; es haftet ihnen allein der Ehegatte mit seinem eigenen Liquidationsanteil.

In der Pfändung oder im Konkurs des beschränkt haftenden Ehegatten stehen sich somit zwei, eventuell drei Gläubigerkategorien mit verschiedenen weit reichenden Haftungsrechten gegenüber:

Gläubiger, denen nur das übergegangene Vermögen bis zum Betrag der Haftungssumme haftet,

Gläubiger, denen nur das bisherige Vermögen einschliesslich die eigenen güterrechtlichen Ansprüche des Haftenden, bzw. der darauf entfallende Liquidationsanteil haftet (Altgläubiger),

Gläubiger, denen sowohl das bisherige als auch das empfangene Vermögen haftet (Neugläubiger).

Es ergibt sich damit eine ähnliche Situation wie bei der Konkurrenz von Voll- und Sondergutsgläubigern, und es sind die diesbezüglichen Regeln über die Bildung der Massen und die Kollokation analog anwendbar¹⁾. Der Wert des bisherigen Vermögens und des transferierten Vermögens, soweit

1) Dabei schliessen wir uns der Auffassung Hubers, Vorträge 103, Gmürs, Art.208 N.13, Schultheiss' 132 an. Vgl. Huber a.a.O.: "Diese Lösung entspricht der Natur der Sache am ehesten: Zunächst nehmen die Gläubiger, die auf das Vermögen der Ehefrau im ganzen greifen können, den Vermögensteil in Anspruch, der ihnen ausschliesslich haftet, und das ist das eheliche Gut, d.h. das eingebrachte Frauengut in dem einen, das Gesamtgut im andern Fall. Finden sie darin Befriedigung, dann kann das Sondergut vollständig den Sondergutsgläubigern überlassen werden; werden sie aber daraus nicht befriedigt, so können sie für das, was nicht gedeckt ist, ähnlich wie die Gläubiger der Kollektivgesellschaft bei Firmenkonkurs, für die ungedeckten Schulden auf die einzelnen Kollektivgesellschaftler greifen, Deckung aus dem Sondergut verlangen, und dabei konkurrieren sie alsdann mit den Sondergutsgläubigern". Diese Lösung steht am ehesten mit dem in Art.95 SchKG aufgestellten Grundsatz in Uebereinstimmung, dass auf von Dritten - hier den Sondergutsgläubigern bezw. den nach Art.188 allein am übergegangenen Vermögen berechtigten Gläubigern - beanspruchtes Vermögen erst dann gegriffen werden soll, wenn das unbestrittene Eigenvermögen bezw. Vermögen, aus welchem sich die Gläubiger unter Ausschluss anderer Gläubiger bezahlt machen können, zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht. Den Gläubigern, die am Ganzen zugriffsberechtigt sind, wird dadurch nichts entzogen, wie Cuttat 208 meint.

Die mathematische Verteilungsmethode Panchauds 88, der sich auch Egger, SJZ 27,132, Komm.Art.208 N.12 anschliesst, lehnen wir ab, weil sie jede Beziehung zur Höhe der verschiedenen zu befriedigenden Ansprüche bezw. ihr Grössenverhältnis vermissen lässt. Sie führt u.U. dazu, dass z.B. die Sondergutsgläubiger volle Deckung erhalten, während sich die Vollgläubiger mit einer bescheidenen Dividende begnügen müssen. Ein solches Resultat entspricht nicht der Billigkeit. Vgl. auch die Kritik Schweizers, ZSR 47,107a.

es unter Berücksichtigung der eigenen Ansprüche des Haftenden dem Zugriff der früheren Gläubiger unterliegt, ist getrennt festzustellen. Das bisherige Vermögen dient zunächst der Befriedigung der Alt- und Neugläubiger des beschränkt haftenden Ehegatten ¹⁾. Mit ihrer Ausfallforderung konkurrieren sodann die Neugläubiger neben den nach Art.188 Zugriffsberechtigten am Erlös der übergegangenen Objekte ²⁾.

h) Die Anschlusspfändung des haftenden Ehegatten.

Der Ehegatte, dem auf Grund von Art.188 das empfangene Vermögen wieder entzogen wird, kann sich mit seinen eigenen Ansprüchen der Pfändung anschliessen, und zwar nicht nur mit der dadurch wieder auflebenden oder ihm aus dem Vermögensentzug neu erwachsenden Ersatzforderung ³⁾, sondern auch mit anderen Forderungen, mit welchen er sich vorher nicht an-

1) Das Prinzip des Art. 95 SchKG bzw. die Huber-Gmür'sche Methode wird hier insofern durchbrochen, als die Altgläubiger, denen nur das bisherige Vermögen, also eine beschränkte Vermögensmasse haftet, die volle Konkurrenz der Neugläubiger zu dulden haben, obwohl sich diese letztern nachher noch an das übergegangene Vermögen halten können. Diese Durchbrechung lässt sich insofern rechtfertigen, als das übergegangene Vermögen den Neugläubigern ja nicht unbeschränkt haftet, sondern ihnen nur in Konkurrenz mit den nach Art. 188 berechtigten Gläubigern zur Verfügung steht. Eine andere Lösung bestünde in diesem Fall darin, die Neugläubiger am Erlös der beiden Massen nur je mit einem Teil ihrer Forderungen teilnehmen zu lassen, proportional dem Wert des bisherigen und des durch die Güterstandsänderung oder Auseinandersetzung angefallenen Vermögens; denn es steht ihnen keinerlei Anspruch auf vorzugsweise Bezahlung aus der einen oder andern Masse zu, weshalb ihre Ansprüche auf die beiden Massen entsprechend verteilt werden sollen. Indessen führt diese mathematische Methode nicht zu befriedigenden Resultaten, weil sie wie die Methode Panchauds die mitkonkurrierenden Ansprüche nicht berücksichtigt.

2) Beispiel: Wert des auf die Ehefrau übergegangenen Vermögens Fr. 2000.- Wert des übrigen Frauenvermögens Fr. 8000.-.

a) Ausfallforderungen der Mannesgläubiger	Fr. 2000.-
Forderungen der Neugläubiger der Frau	Fr.10000.-
Ausfallforderung der Neugläubiger aus der Verwertung des bisherigen Vermögens	Fr. 2000.-
Anteil der Mannesgläubiger und der Neugläubiger am Erlös des übergegangenen Vermögens je	Fr. 1000.-
b) Ausfallforderung der Mannesgläubiger	Fr. 2000.-
Forderungen der Neugläubiger	Fr. 5000.-
Forderungen von Altgläubigern	Fr. 5000.-
Ausfallforderung der Neugläubiger aus der Verwertung des bisherigen Vermögens	Fr. 1000.-
Anteil der Mannesgläubiger am übergeg. Verm.	Fr. 1333.-
Anteil der Neugläubiger	Fr. 667.-

3) Eine solche steht ihm nur zu, soweit die Schulden, für welche das Empfangene in Anspruch genommen wird, nach den Regeln über die interne Lastentragung ihn nicht persönlich belasten.

geschlossen hatte¹⁾. Es wird häufiger vorkommen, dass die Ehefrau im Hinblick auf eine teilweise Schuldentilgung für weitere Ansprüche auf die Anschlusspfändung verzichtet. Wird nun dieser Vermögensempfang rückgängig gemacht, so soll sie nicht gehindert sein, sich mit allen ihren Forderungen zu beteiligen, nachdem eine wesentliche Voraussetzung ihres früheren Verzichtes auf Teilnahme weggefallen ist. Dabei kann der Anschluss bei jeder Art Pfändung erfolgen, sei es bei einer Nachpfändung von Amtes wegen (Art. 145 SchKG), auf Begehren eines Gläubigers mit provisorischem Verluschein oder auf Beschwerde wegen ungenügender Pfändung, sei es bei einer Nachpfändung nach Art. 110²⁾. Die Teilnahmefrist berechnet sich vom Moment der Pfändung an³⁾, nicht erst vom Tage der Erledigung des Widerspruchsprozesses, sodass sich der Ehegatte mindestens eventuell für den Fall des Unterliegens der Pfändung anschliessen muss⁴⁾. Wäre der durch den Vermögensübergang getilgte güterrechtliche Anspruch in der 4. Klasse privilegiert gewesen, so ist es auch die Ersatzforderung⁵⁾.

i) Die Verwertung.

Sie erfolgt nach Massgabe der Art. 116 ff. SchKG innert den dort gesetzten Fristen. Im Gegensatz zu Art. 145 sind sie indessen auch dann einzuhalten, wenn die Admassierung erstmals in einer Nachpfändung nach Art. 145 erfolgt, da dem in Anspruch genommenen Ehegatten die Wahrung seiner Rechte nicht ohne Not durch Verkürzung der Fristen erschwert werden darf⁶⁾.

Die Verwertung des admassierten Gutes geschieht gleichzeitig mit der Verwertung des Schuldnervermögens, nicht erst nach dessen vollständiger Versilberung⁷⁾. Können die Gläubiger voraussichtlich bezahlt werden, so soll

1) BGE 61 III 86 E. 5, 42 III 377 ff.

2) Im letztern Fall verneint die geltende Praxis ein Anschlussrecht; BGE 70 III 63. Bei der Admassierung auf Grund von Art. 188 ist diese Einschränkung nicht gerechtfertigt, jedenfalls nicht für die durch den Vermögensentzug begründeten Ersatzforderungen, wird doch auch dem Anfechtungsbeklagten die Teilnahme an der Pfändung des anfechtbar erworbenen Gutes mit irgendwelchen Forderungen gestattet, BGE 67 III 174. Jäger, Praxis 1911-1945, Art. 291 N. 4, 5.

3) So die herrschende Praxis, BGE 41 III Nr. 51. Gerade bei der Admassierung nach Art. 188 wird es jedoch vielfach vorkommen, dass der Ehegatte im Vertrauen auf den ausgewiesenen Eigentumserwerb sich mit der Bestreitung der Pfändung im Widerspruchsverfahren begnügt und eine Teilnahmeerklärung unterlässt. Eine Aenderung der Praxis und Er-streckung der Anschlussfrist des Art. 111 um die Dauer eines Widerspruchsprozesses ist daher für diesen speziellen Fall geboten, namentlich mit Rücksicht auf die auch dem Anfechtungsbeklagten nach Abschluss des Prozesses gewährte Teilnahmemöglichkeit, BGE 67 III 174.

4) BGE 41 III Nr. 51

5) Bosshardt 106.

6) Bosshardt 12.

7) Bosshardt 13.

es innerhalb der Kategorien Fahrnis und Liegenschaften erst in letzter Linie zur Versteigerung gebracht werden, damit sie dem haftenden Ehegatten erhalten bleiben, wenn die Verwertung vorzeitig eingestellt werden kann, Art.119 SchKG; denn es ist auch bei der Verwertung den Interessen des Haftenden und dem Grundsatz der Subsidiarität seiner Haftung Rechnung zu tragen, Art.95 Abs.5 SchKG. Doch muss dem Betreibungsbeamten freie Hand gelassen werden, damit die Pfändungsobjekte möglichst vorteilhaft verwertet werden können, sodass es sich nur um eine Ordnungsvorschrift handeln kann ¹⁾.

k) Die Rückforderungsklage.

Hat der Ehegatte nach erfolgter Pfändung bezahlt, oder ist das auf ihn übergegangene Vermögen verwertet worden, so steht ihm im Falle der Bezahlung einer Nichtschuld die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage (Art.86 SchKG) zu. Dem Unterlassen des Rechtsvorschlages oder der gerichtlichen Rechtsöffnung ist im Admassierungsverfahren das Unterlassen des Widerspruchs (Art.107 Abs.1,109) oder dessen gerichtliche Beseitigung gleichzustellen ²⁾.

§ 25. Die selbständige Betreibung.

a) Die Einleitung.

Voraussetzung einer selbständigen Betreibung ist, dass der Gläubiger in der Betreibung gegen den schuldnerischen Ehegatten zu Verlust gekommen ist. Als Ausweis dienen ein provisorischer oder definitiver Pfändungsverlustschein, Art.115 Abs.1,149 SchKG, ein Konkursverlustschein oder der Nachweis der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven oder des Abschlusses eines Nachlassvertrages ³⁾, nicht dagegen die blosse Tatsache der Konkurseröffnung.

Die Einleitung der Betreibung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Betreibung eines Ehegatten ⁴⁾. Ist Vermögen des Ehemannes ins eingebrachte Gut der Frau übergegangen, so ist, da eingebrachtes Gut in Anspruch genommen werden will, beiden Ehegatten ein Zahlungsbefehl zuzustellen. Ist Sondergut der Ehefrau ins Gesamtgut übergegangen, so geht die Betreibung gegen den Ehemann als Verwalter des Gesamtgutes. Der Zahlungs-

1) a.A. Bosshardt 13.

2) Wie der Haftende im Widerspruchsverfahren unabhängig vom Schuldner die Schuld bestreiten kann, so muss ihm auch die Möglichkeit geboten werden, selbständig auf Rückzahlung zu klagen.

3) S.193Anm. 1.

4) Vgl. S.59 ff.

befehl hat Art.188 als Forderungsgrund zu nennen. Als Forderungssumme ist der in der Schuldnerbetreibung ungedeckt gebliebene Betrag inklusive Zinsen und Kosten einzusetzen, als maximale Haftungsgrenze ¹⁾.

Will der Ehegatte die Forderung, ihre Klagbarkeit oder die Haftung wegen Fehlens der Voraussetzungen des Art.188: Güterstandsänderung oder güterrechtliche Auseinandersetzung, Vermögensübergang und Haftungsentzug, Begründung der Forderung vor dem Vermögensübergang, bestreiten, so hat dies durch Rechtsvorschlag zu geschehen ²⁾. Ebenso hat er Rechtsvorschlag zu erheben zur Geltendmachung der Haftungsbeschränkung auf den Wert des Empfangenen, der Beschränkung durch Schuldentilgung, zur Geltendmachung der Erschöpfungseinrede sowie seiner eigenen güterrechtlichen Ansprüche ³⁾. Im Einleitungsverfahren werden der Bestand der Forderung und Haftung, sowie die Haftungssumme für das weitere Verfahren verbindlich festgestellt, weshalb alle Einwendungen und Einreden, die sich gegen die Höhe der Haftung richten, durch Rechtsvorschlag vorzubringen sind ⁴⁾. Unterlässt der Ehegatte eine solche Einwendung, oder unterliegt er damit im Prozess ⁵⁾, so wird die Betreibung für den unbestritten gebliebenen Forderungs- oder Haftungsbetrag fortgesetzt. Der Rechtsvorschlag braucht nicht begründet zu werden.

b) Die Pfändung.

Besonderheiten ergeben sich hier insofern, als für den Betreibungsbeamten völlig ungewiss ist, welche Objekte dem Zugriffsrecht des Gläubigers unterliegen; denn anders als bei der Retention für Miet- und Pachtzinse oder bei der Pfändung des Sondergutes ist bei der gegenständlich beschränkten Haftung nach Art.188 das Haftungssubstrat durch keinerlei räumliche Be-

1) Vgl. S. 189 Ziff. 1.

2) Analoge Anwendung der Grundsätze der Betreibung auf Pfandverwertung, BGE 38 I 648,40 III 292,41 III 192, Art.88 Abs.1 VZG.

3) S. 198 Ziff. 2. - Nach früheren Ausführungen reduziert sich der Haftungsbetrag ferner um den Betrag allfälliger Gegenleistungen des Haftenden und bei gemischten Rechtsgeschäften um den Betrag der nicht güterrechtlich bedingten Leistungen, S.198. Sie sind ebenfalls durch Rechtsvorschlag geltend zu machen. Da sie jedoch mit einem bestimmten Objekt verbunden sind, sind diesbezügliche Einwendungen auch noch im Widerspruchsverfahren zuzulassen, da zwar nicht das Zugriffsrecht des Gläubigers als solches, wohl aber sein Recht, sich aus dem gesamten Erlös befriedigt zu machen, bestritten wird. Vgl. z.B. die Verwendung des Widerspruchsverfahren zur Bestimmung der Kaufpreisrestanz bei unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sachen. Jäger, Praxis 1911-1945, Art. 106 N. 5p und dort zit. Literatur.

4) Cuttat 186, Held, SJZ 19,42.

5) Es wird nur in seltenen Fällen gegen den nichtschuldnerischen Ehegatten ein provisorischer Rechtsöffnungstitel zur Verfügung stehen, sodass der Haftungsanspruch in der Regel im Anerkennungsprozess des Gläubigers verfolgt werden wird.

ziehung oder gesetzlich umschriebene Merkmale für Dritte sichtbar gekennzeichnet. Anders als bei der gewöhnlichen Pfändung, die grundsätzlich ohne Mitwirkung des Gläubigers erfolgt, ist hier der Betreibungsbeamte auf die Angaben des Gläubigers angewiesen und hat er sich an dessen Weisungen zu halten, die nicht begründet werden müssen. Lediglich für die Pfändung von Grundstücken hat der Gläubiger sein Pfändungsrecht glaubhaft zu machen, Art.10 Ziff.2 VZG.

Beruft sich der Ehegatte im Einleitungsverfahren darauf, dass das Empfangene zur Bezahlung der Schuld nicht ausreiche, so kann er seine Behauptung nur durch den Nachweis derjenigen Gegenstände, welche zum Empfangenen gehörten bzw. nicht dazu gehörten¹⁾, begründen. Damit ist zugleich eine Grundlage für die Vornahme der Pfändung gewonnen. Fehlen dagegen nähere Angaben über die Pfändungsobjekte, so kann die Pfändung deswegen nicht abgelehnt werden. Vielmehr ist das gesamte Vermögen als haftbar zu betrachten und ist aus den gemäss Zahlungsbefehl der Pfändung zugänglichen Vermögenskomplexen soviel zu pfänden, als voraussichtlich zur Deckung der Forderung notwendig erscheint, wobei die Bestreitung der Zugehörigkeit eines Gegenstandes zu dem empfangenen Vermögen der Beanspruchung durch einen Dritten (Art.95 Abs.3 SchKG) gleichzusetzen ist. Erhebt der Ehegatte gegen die Pfändung Einsprache, weil der Gegenstand nicht zum empfangenen Vermögen gehöre, so bestreitet er eine materiellrechtliche Voraussetzung des Pfändungspfandrechts des Gläubigers, worüber nicht die Betreibungsbehörden, sondern der Richter im Widerspruchsverfahren zu entscheiden hat.

c) Das Widerspruchsverfahren.

Für dieses ergibt sich die Schwierigkeit, dass Schuldner (Haftender) und Drittsprecher identisch sind und der Ehegatte als Betreibener und zugleich als Dritter den Gewahrsam an der Sache hat. Für die Parteipollenverteilung ist sinngemäss auf seine Eigenschaft als Betreibener abzustellen und Art.106/107 anzuwenden; denn die Gründe, aus denen das Gesetz einem dritten Gewahrsamsinhaber die Beklagtenrolle zuweist, liegen in einem solchen Fall nicht vor. - Bestreitet der Ehemann als Verwalter des ehelichen Vermögens gegenüber einem Sondergutsgläubiger der Frau, dass der gepfändete Gegenstand früher Sondergut war, so ist nach Art.109 SchKG zu verfahren, da ihm in der Regel Mitgewahrsam zukommen wird.

Für die Beweislast gilt das beim Admassierungsverfahren Gesagte²⁾.

1) Held, a.a.O.43

2) S. 221 ff.

d) Gläubigerkonkurrenz.

Beteiligen sich mehrere Gläubiger an der Betreibung und Pfändung gegen den Ehegatten, auf Grund von Art.188 oder als dessen direkte Gläubiger, oder befindet sich der Ehegatte in Konkurs, so sind sie nach den zum Admasierungsverfahren entwickelten Regeln zu kollozieren¹⁾. Auch in allen übrigen Beziehungen ist auf das dort Gesagte zu verweisen.

Wir beenden hier diesen Ueberblick über die Wirkungen des Güterstandes, der Güterstandsänderung und der güterrechtlichen Auseinandersetzung auf die Rechte Dritter, insbesondere die Gläubigerrechte. Rückblickend drängt sich die Ueberzeugung auf, dass im Bereich des materiellen Rechts der Gesetzgeber einen wohlabgewogenen Ausgleich zwischen den Interessen der Ehegatten und Dritter, vorab zwischen dem Prinzip der Vertrags- und Handlungsfreiheit der Ehegatten und dem Bedürfnis des Verkehrs nach Rechtsklarheit und -Sicherheit getroffen hat. So einfach und klar an sich das Prinzip der Publizität und der Registrierungspflicht sowie des Grundsatzes der Erhaltung der Haftungsrechte ist, so bietet doch deren praktische Durchführung mannigfache Schwierigkeiten. Es lässt sich nicht verhehlen, dass das materielle Recht dem Verfahren nicht überall genügend Rechnung trägt: so bei der Feststellung des haftbaren Vermögens und in der Beweislastverteilung bei behauptetem Vermögensübergang, namentlich angesichts der ganz unvollständigen Publizität der Auseinandersetzungsgeschäfte, ferner bei der Bestimmung der haftbaren Quote unter Berücksichtigung der eigenen Ansprüche des Ehegatten und vorangegangener Schuldentilgung, speziell bei selbstständiger Klage. Wohl kann eine gerechte und billige Ausgleichung sich widerstreitender Interessen nicht immer einfach sein und notgedrungen zu sehr subtilen Unterscheidungen zwingen. Es kann aber ein solches Bestreben auch ad absurdum führen, wenn die praktische Handhabung in der Vollstreckung und im Prozess nicht mehr Schritt zu halten vermag, weil sie unter dem Prinzip der Partei- und Verhandlungsmaxime zu hohe Anforderungen an das tatsächliche und verfahrensrechtliche Wissen und Können der rechtsuchenden Partei stellt. Die wohlabgewogenste materiellrechtliche Lösung kann ihren Zweck verfehlen, wenn sie in der Durchführung zu kompliziert wird. Die zulässige, gebotene Grenze der leichten Durchführbarkeit scheint hier erreicht, wenn nicht überschritten zu sein, und möglicherweise hat gerade deshalb, nach den wenigen bekannt gewordenen Entscheidungen zu schliessen, Art.188 ZGB in den ersten vierzig Jahren der Herrschaft des Zivilgesetzbuches keine

1) S. 226/227.

grössere Bedeutung erlangt. De lege ferenda wären Vereinfachungen geboten, sei es auf dem Gebiet des materiellen oder des Verfahrensrechts. Nachdem von den verschiedenen Güterständen ganz unterschiedlich Gebrauch gemacht wird und namentlich die Gütergemeinschaft und Gütereinheit kaum Anwendung finden (es sei denn zu erbrechtlichen Zwecken), könnte wohl ohne Not auf diese letzteren verzichtet werden. Das Prinzip der Publizität und Registrierungs-pflicht wäre auch bei der gesetzlichen Gütertrennung nach Konkurs konsequent durchzuführen. Im Rahmen des Art. 188 ZGB wäre eine subsidäre Mitverpflichtung mit unbeschränkter Haftung des Vermögen übernehmenden Ehegatten in Erwägung zu ziehen, die nach dem Vorschlage Eugen Hubers¹⁾ bei Einreichung eines Inventars an die einen Ehevertrag oder eine Auseinandersetzung genehmigende Vormundschaftsbehörde oder auf Grund eines öffentlichen Inventars in Analogie zum öffentlichen Inventar des Erbrechts gegenständig oder wertmässig beschränkt werden könnte, sofern die Auseinandersetzung nicht überhaupt unter behördlicher Mitwirkung mit obligatorischem Inventar erfolgen soll. Schliesslich ist verfahrensrechtlich eine Erleichterung der Beweispflicht des einen Vermögensübergang glaubhaft machenden Gläubigers geboten. Solche Aenderungen, die keine wichtigen Interessen der Ehegatten tangieren würden, vermöchten wohl erst dem Gläubigerschutz die volle Wirksamkeit zu verleihen, die ihm nach der Absicht des Gesetzgebers zukommen soll.

1) Erl. 172, zit. S. 89 Anm. 1.

Lebenslauf

Am 23. August 1915 wurde ich in Dürnten geboren. Von 1918 an wohnte ich in Zollikon, wo ich die Primarschule besuchte. Die Mittelschulbildung erhielt ich an der Kantonsschule Zürich, bis zur 4. Klasse am Realgymnasium, von der 5. Klasse an am Literargymnasium. 1935 erhielt ich das Reifezeugnis. Nach Absolvierung des Lehramtskurses an der philosophischen Fakultät I der Universität Zürich erwarb ich 1936 das zürcherische Primarlehrerpatent. Im Herbst 1937 immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Das durch häufigen Aktivdienst unterbrochene Studium beendete ich im Sommer 1943 mit der Doktorprüfung. Ende 1945 erwarb ich das zürcherische Anwaltspatent. Die vorliegende Arbeit entstand anschliessend neben meiner beruflichen Tätigkeit.

